

# Boletim dos Procuradores da República

Nº 71

ANO VI

AGOSTO 2006



## UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DA INCLUSÃO SOCIAL

Marcelo Serra Azul

**O Princípio da Moralidade  
e o Registro de Candidaturas**

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim

**Seletividade da Norma Penal**

Reis Friede

**Democracia e Regime Democrático**



Fundação Procurador  
Pedro Jorge de Melo e Silva



■ <b>Seletividade da Norma Penal</b> ■	3
<i>Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim</i>	
■ <b>O Princípio da Moralidade para o Exercício de Poder Político e sua Repercussão no Registro de Candidaturas</b> ■	6
<i>Marcelo Antônio Ceará Serra Azul</i>	
■ <b>Comentários acerca da Prescrição Virtual ou em Perspectiva</b> ■	12
<i>Thaméa Danelon Valiengo</i>	
■ <b>Uma Abordagem Constitucional da Inclusão Social Fortalecer o Papel Integrador da Constituição para Assegurar Acesso ao Direito</b> ■	16
<i>Rogério José Bento Soares do Nascimento</i>	
■ <b>Democracia e Regime Democrático</b> ■	20
<i>Reis Friede</i>	
■ <b>PARECER NO AG 2004.03.00.073980-0 FUNDEF - Aplicação do art. 6º da Lei nº 9.424/96 – Desnecessidade de Perícia</b> ■	23
<i>Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini</i>	
■ <b>O Valor das Notificações e das Comunicações no Código Civil</b> ■	25
<i>Alencar Frederico</i>	

## Expedientel

### Coordenação:

Valtan Furtado  
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

### Supervisão:

Adriana Zawada Melo  
amelo@prsp.mpf.gov.br

**Fundação Procurador  
Pedro Jorge de Melo e Silva**

### Diretoria Executiva:

Célia Delgado  
Paulo Jacobina  
Antônio Carlos Bigonha

### Administração :

Ângela Maria Oliveira

**Associação Nacional dos Procuradores da  
República - ANPR:**

### Presidente:

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

### Vice-Presidente:

Ubiratan Cazetta

### Diretor Cultural:

João Carlos de Carvalho Rocha

### Impressão:

Millennium Editora

**Tiragem:** 2.700

**Internet:** [www.pedrojorge.org.br](http://www.pedrojorge.org.br)

Realização:



Apoio:



Código ISSN: N° 1519-3802  
Os artigos são de inteira  
responsabilidade de seus autores.

## ■ Seletividade da Norma Penal ■

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (\*)

Juiz de Direito do TJPE / Ex-procurador Federal / Pós-graduado em ciências criminais

O objetivo deste pequeno trabalho é tentar identificar se há alguma seletividade social na norma penal, especificamente na quantidade da pena imposta aos autores dos mais variados delitos.

A rigor, a norma penal é dirigida a todas as pessoas, não importando muito a classe social a que pertença. Por óbvio, as pessoas mais abastadas sempre conseguirão se defender melhor das acusações estatais. Mas não é esse o ponto em que desejo tocar. O que aqui vai importar é a indagação: a própria norma penal já distingue os autores dos crimes segundo suas classes sociais?

A idéia de que a pena é imposta na defesa da sociedade parece enraizada na maioria dos grandes doutrinadores do ramo criminal. Grosso modo, alega-se que a pena defende a sociedade na medida em que o crime viola bens e interesses relevantes (éticos, morais, etc.).

Há uma clara vinculação entre a pena e o interesse majoritário da sociedade em ver restabelecida a ordem. E. Magalhães de Noronha afirma:

*“Com efeito, o Estado, como já se disse mais de uma vez, tem como finalidade a consecução do bem coletivo, que não pode ser alcançado sem a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade, e, portanto, quando se acham em jogo direitos relevantes e fundamentais para o indivíduo, como para ele próprio, Estado, e as outras sanções são insuficientes ou falhas, intervém ele com o jus puniendi, com a pena, que é a sanção mais enérgica que existe, pois, como já se falou, pode implicar até a supressão da vida do delinqüente.”*<sup>1</sup>

Também M. Foucault alega que:

*“...o prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele: o escândalo que suscita, o exemplo que dá, a incitação a recomeçar se não é punido, a possibilidade de generalização que traz consigo. Para ser útil, o castigo deve ter como objetivo as conseqüências do crime, entendidas como uma série de desordens que este é capaz de abrir.”*<sup>2</sup>

Pode-se citar, ainda, E. R. Zaffaroni e J. H. Pierangeli quando asseguram que:

*“...o direito penal deve cumprir um objetivo de segurança jurídica que não se diferencia, substancialmente, da defesa social bem entendida. (...)Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.”*<sup>3</sup>

Vê-se que é bastante nítida a menção a bens, interesses, valores, todos tidos como relevantes socialmente e merecedores, por essa relevância, da proteção da norma penal.

Dessa forma, tem-se uma valoração anterior ao estabelecimen-

to do crime e das penas, mensuração essa que deveria espelhar o que a sociedade prioriza para um convívio harmônico.

A qualidade e, principalmente, a quantidade da pena cominada têm direta relação com a relevância do bem ou interesse jurídico protegido, pois as desordens provocadas pelo delito no seio social têm também íntima comunicação com a violação destes. A comunidade fica em maior ou menor grau aturdida, também tendo em conta o bem ou interesse que se violou, na medida da relevância social desses bens.

Pode-se afirmar que nesse processo de concreção da norma penal há uma verdadeira e límpida transferência dos valores sociais para a norma penal, com a conseqüente punição do que mais se repugna com penas mais graves? No meu entender, a resposta é negativa.

Francisco Muñoz Conde já aponta uma incongruência entre a função motivadora da norma penal e da norma social, asseverando que:

*“...determinadas classes ou grupos sociais desenvolvem estratégias de contenção ou neutralização das normas penais, quando estas podem afetar seus interesses de classes. Podemos citar o caso dos delitos econômicos, em que slogans como ‘economia de mercado’, ‘liberdade de imprensa’ etc., às vezes são utilizados como pretexto, justificação ou escusa dos mais graves atentados aos interesses econômicos coletivos.”*<sup>4</sup>

Ora, a função motivadora da norma penal deveria ter íntima ligação com a função motivadora da norma social. Todavia, muitas vezes há uma incongruência entre as motivações apontadas e esses desencontros não são inocentes.

Um bom exemplo disso é a violação do patrimônio privado, que revela uma punição bem mais eficaz e exacerbada que a violação ao patrimônio público. Alguns doutrinadores indicam que a violação ao patrimônio público é apenada de forma mais branda porque o próprio povo não sente tal crime de forma gravosa. Ou seja, se é seu relógio ou seu automóvel que é subtraído, o cidadão sofre bem mais com esse fato em comparação com o seu pesar quando sabe pelo noticiário que foram desviados milhões de reais dos cofres públicos ou que tal empresário sonogou mais alguns milhões em impostos.

Mas é de se perguntar: esse noticiário, a imprensa em geral, quando fornece a informação do desvio de dinheiro público e, principalmente, quando informa sobre sonegação fiscal de grande monta, correlaciona esses fatos com o número de mortos por desnutrição no nosso país ou com as mortes de pessoas em filas para atendimento em hospitais públicos? Alerta que o dinheiro sonegado ou desviado evitaria milhares de mortes, melhoraria os serviços de saúde, educação e os benefícios previdenciários? Não

é o que vejo quando leio ou assisto os jornais de maior incisão social.

A incongruência acima referida tem um de seus fundamentos na forma de representação democrática acolhida por nossa Constituição da República e também na legislação eleitoral.

Na verdade, não há uma representatividade dos interesses da maioria do povo no Congresso Nacional e nem mesmo no Poder Executivo. Como se pode defender nossa democracia representativa como sendo legítima, quando o processo eleitoral reserva espaços para propaganda política incrivelmente díspares aos candidatos na fase de campanha eleitoral e essas campanhas têm financiamento privado? Os líderes de bairro e de favelas vão financiar seus candidatos? E seus candidatos, se existissem, poderiam durante a propaganda política demonstrar seus objetivos políticos expondo-os analiticamente? Ou, na verdade, somente poderiam dizer: “O meu nome é José!”.

Ora, sejamos menos cínicos! A mídia hoje exerce papel fundamental na estruturação dos valores e bens socialmente relevantes. A propaganda eleitoral também tem papel central na definição das eleições<sup>5</sup>. Grande parte dos eleitos não está ali por terem sintonia com os desejos populares, mas sim lá estão por contarem com o apoio decisivo das elites econômicas que dominam também, por óbvio, as principais empresas de comunicação.

Desse modo, as penas impostas aos mais variados crimes revelam indisfarçável comprometimento do legislador com as classes mais abastadas, em detrimento das classes oprimidas, logicamente.

Para exemplificar, transcrevo parte do magistério de Amilton Bueno de Carvalho, que afirma:

*“(…) b) dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desagrado: a ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio- roubo)? Evidente que a ordem de desagrado é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de uma a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidente que é o pobre. Os outros dois delitos os não-pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo legal com tamanha pena?*

*c) outro exemplo é mais chocante: imaginemos o mesmo delito de roubo (mediante grave ameaça subtraíam um relógio) em*

*“A seletividade social da norma penal é indiscutível e pode ser creditada, pelo menos parcialmente, à falta de representatividade dos membros do Congresso Nacional. E essa seleção ataca justamente a parcela mais carente da população. Definitivamente, não se pode dizer que a norma penal protege os bens de maior relevância social. Protege, isso sim e às escâncaras, os interesses da classe dominante.”*

*confronto com o delito de esbulho possessório (mediante grave ameaça invadam um imóvel – art. 161 do CP). Os crimes são praticamente idênticos, só diferem que num o objeto é móvel, noutra é imóvel. Como valoramos mais o imóvel, este deveria ser melhor protegido. Mas não é. A pena daquele é de quatro a dez anos, e este é de um a seis meses. Pergunta-se: quem comete roubo de relógio? Algum latifundiário? Ora, a subtração de móvel é crime do pobre, o esbulho possessório é do rico. Logo, as penas são diferentes, absurdamente diferentes. Todavia, como atualmente o povo (= pobre) está invadindo terras, aparecem democratas preocupados com a segurança do país e propõem a elevação das penas do esbulho, o que por certo logo virá;*

*d) o pobre que não trabalha é contraventor, pois não coloca no mercado de trabalho a sua força para ser explorada (art. 59 da LCP). E o rico?”<sup>6</sup>*

A casuística seria interminável, inclusive passando pela legislação extravagante. A seletividade social da norma penal é indiscutível e pode ser creditada, pelo menos parcialmente, à falta de representatividade dos membros do Congresso Nacional. E essa seleção ataca justamente a parcela mais carente da população. Definitivamente, não se pode dizer que a norma penal protege os bens de maior relevância social. Protege, isso sim e às escâncaras, os interesses da classe dominante.

Vale, ainda, transcrever trecho da lição de Juarez Cirino dos Santos, quando expõe os fins da pena privativa de liberdade:

*“1) o controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista (as classes dominadas, em geral, e os marginalizados do mercado de trabalho, em especial); 2) a garantia da divisão de classes, mediante a separação forçada de trabalho/meios de produção, origem das desigualdades sociais, característica das relações de produção capitalista; 3) a produção de um setor de marginalizados/criminalizados (reincidentes e rotulados como criminosos, em geral), marcados pela posição estrutural (fora do mercado de trabalho) e institucional (dentro do sistema de controle), como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado. Em síntese, os objetivos da pena criminal (e do aparelho carcerário) podem ser definidos por uma dupla reprodução: reprodução das desigualdades sociais fundadas na divisão da sociedade em classes sociais antagônicas, e reprodução de um setor de marginalizados/criminalizados (no circuito da reincidência criminal), cuja função é manter a força de trabalho ativa integrada no mercado de trabalho, como força produtiva dócil e útil, intimidados pela ‘inferiorização’ social resultante da insubordinação à disciplina do trabalho assalariado”.<sup>7</sup>*

De alarmar é que, até mesmo instrumentos de reação



doutrinária e jurisprudencial contra essa seletividade, como, por exemplo, o princípio da insignificância, sejam utilizados para excluir a possibilidade de punição de membros das elites econômicas. Espantaria e agrediria o senso comum, se algum magistrado absolvesse alguém por ter furtado R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) de alguma loja de comércio ou de algum cidadão, alegando que se trataria de crime de bagatela, valor esse suficiente para nutrir uma família de miseráveis brasileiros por alguns meses. Mas com o dinheiro público, pode-se tudo, até mesmo absolver alguém com base no disparate mencionado. Com a vênua devida, posto que considero totalmente equivocada a decisão, transcrevo a seguinte ementa de acórdão:

*2609-DESCAMINHO- Habitualidade criminosa. Existência de registros anteriores. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Havendo prática de descaminho com a ilusão de impostos em valor não superior ao patamar de R\$ 2.500,00, da L. 10.522/02, é possível a aplicação do princípio da insignificância penal. A habitualidade exigida para afastar-se o princípio da bagatela não pode ser vista, simplesmente, como mais um processo ou registro de prática idêntica, sendo necessárias várias práticas de descaminho, assim compreendidas, no mínimo, três incursões no tipo penal. Precedentes desta Corte. (TRF 4 R. SER 2003.71.04.011330-3-RS 7 T.- Rel. Des. Fed. p/c Maria de Fátima Freitas Labarère-DJU 05-05-2004).”<sup>8</sup>*

Ora, ao revés do que dizem os que admitem a orientação jurisprudencial acima transcrita, o Estado não pode perdoar dívida alguma, eis que o erário tem por característica sua indisponibilidade. Se não cobra valor que lhe é devido, até certo limite imposto por lei, é por falta de estrutura nos seus quadros e não propriamente por estar perdendo tal dívida.

Nem se diga que tal jurisprudência estaria beneficiando membro da classe mais reprimida socialmente, pois somente pode “iludir” tal monta de impostos quem detém patrimônio suficiente para manutenção de sua vida, e de sua família, com dignidade, o que não acontece com a maioria da população brasileira.

Atribuo tal tipo de decisão a uma completa incompreensão de que os recursos públicos são do povo e sua ausência é responsável por milhares de mortes por desnutrição em todo o Brasil. Repita-se: quando se sonega impostos ou se subtrai de qualquer modo recursos públicos, o que se está fazendo é matando milhares de brasileiros de fome e de doenças das mais simples, mas isso rende reflexões para outro artigo.

Constatada a seletividade social da norma penal, não se pode simplesmente ver tudo isso e nada fazer. Salvo os que projetaram, concretizaram e mantêm esse sistema, todos os demais cidadãos devem se insurgir. A gravíssima situação carcerária nacional,

que é problema sem priorização alguma num governo neoliberal como o presente, invoca-nos também à reação. Esta pode vir de várias formas, como, por exemplo, com utilização de conceitos doutrinários como o princípio da insignificância, mas, sem dúvida alguma, um melhor sistema eleitoral, que proporcione

uma verdadeira representação popular no parlamento, é o caminho mais seguro para a resolução do problema.

## ■ Notas ■

(\*) Juiz de Direito do TJPE, ex-procurador Federal. Pós-graduado em ciências criminais. Site [www.luta.pelajustica.nom.br](http://www.luta.pelajustica.nom.br).

<sup>1</sup>NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 1, 33 edição. São Paulo. Saraiva.

<sup>2</sup>FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 28 edição. Página 78. Editora Vozes.

<sup>3</sup>ZAFFARONI, E. Raúl e Pieraneli, J.H. Manual de Direito Penal Brasileiro. 5 edição. Páginas 95-96. Editora Revista dos Tribunais.

<sup>4</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. Direito Penal e Controle Social. 1 edição. Páginas 25-26. Editora Forense.

<sup>5</sup>CHOMSKY, Noam. Controle da Mídia: os espetaculares efeitos da propaganda. Editora Grafia.

<sup>6</sup>CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e Direito Alternativo. 6 edição. Páginas 27-28. Lumem Juris.

<sup>7</sup>SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Página 291. Editora. Forense.

<sup>8</sup>BRASIL. TRF 4 Região. Lex: Revista síntese, D. Penal e Processual Penal, n. 26. Páginas 84-85.

## ■ Referências bibliográficas ■

BRASIL. TRF 4 Região. Lex: Revista Síntese, D. Penal e Processual Penal, n. 26. Páginas 84-85.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e Direito Alternativo. 6 edição. Páginas 27-28. Lumem Juris.

CHOMSKY, Noam. Controle da Mídia: os espetaculares efeitos da propaganda. Editora Grafia.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 28 edição. Página 78. Editora Vozes.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Direito Penal e Controle Social. 1 edição. Páginas 25-26. Editora Forense.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Volume 1. 33 edição. Página 226. Saraiva.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Página 291. Editora. Forense.

ZAFFARONI, E. Raúl e Pieraneli, J.H. Manual de Direito Penal Brasileiro. 5 edição. Páginas 95-96. Editora Revista dos Tribunais.

## ■ O Princípio da Moralidade para o Exercício de Poder Político e sua Repercussão no Registro de Candidaturas ■

Marcelo Antônio Ceará Serra Azul

Procurador Regional da República – 1ª Região

Procurador Regional Eleitoral no Estado do Acre de julho a novembro de 2000

**“Coloquei os princípios e vi os casos particulares dobrarem-se diante deles como por si mesmos, as histórias de todas as nações não serem mais do que suas conseqüências, e cada lei particular estar ligada a outra lei ou depender de outra mais geral”. (Montesquieu – O Espírito das Leis)**

O registro de candidatura é ato judicial, no qual se deve ter em vista o princípio da moralidade administrativa, sendo certo que parcela do Poder Estatal somente pode ser alcançada por pessoas idôneas, de moral ilibada e reputação indene de dúvidas, haja vista o Preâmbulo da Constituição Federal, e os artigos 14, parágrafo 9º, 5º, XXXV, 37, *caput* e parágrafo 4º, Art. 54, Art. 85, V, 101, 105, 119, II, 120, III, 123, I que, sistemicamente, **demonstram que a acessibilidade à parcela do Poder Estatal, seja Federal, Estadual, Distrital ou Municipal somente é possível a pessoas probas, cuja moral seja ilibada, indene de dúvidas.**

Decidir pelo registro da candidatura de pessoa cuja moral é maculada é violar a Constituição da República, pois permite-se que pessoas sem moral para o exercício de mandato eletivo possam a ele se candidatar, fazendo **tábula rasa do princípio da moralidade e de seus corolários os princípios da moralidade para o exercício de mandato eletivo e princípio da moralidade para acesso à parcela de poder estatal, dando acesso ao Poder Pátrio a pessoas sem a moral para o exercício do Poder Político.**

O Poder é dividido, apenas formalmente, em forma tripartite: Executivo, Legislativo e Judiciário. **O Poder, porém permanece uno e indivisível e pertencente ao Povo Brasileiro, seu titular inato** que elaborou a Constituição elencando quais os fundamentos básicos da República Federativa do Brasil e os princípios que deve regê-la. Dentre estes princípios, o Povo Brasileiro elegeu, com grande prioridade, o Princípio da Moralidade que deve ser observado por todos. Tão importante é este princípio que a Constituição, além de estabelecê-lo de forma expressa a fim de dar-lhe destaque - não o deixando de forma implícita como fez com o Princípio da Razoabilidade -, fez referência a ele durante todo o seu texto, sempre visando a deixar claro que a Moralidade deve ser obedecida não só pelo Administrador Público de qualquer dos poderes, como também pelas unidades federadas e principalmente por quem postula deter, em nome do Povo, qualquer parcela de Poder, pois não se pode admitir o Poder, pertencente ao Povo, esteja em mãos de pessoas que não se identifiquem com os ideais estabelecidos na Constituição da República.

Logo no Preâmbulo da Constituição da República - que tem óbvia função normativa, porquanto nas constituições escritas e nas leis não há e nem pode haver palavras inúteis -, deixou-se claro quem eram os representantes do Povo e a que vieram - instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de sociedade (...) fundada na harmonia social...

Assim, temos que os objetivos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil são assegurar os direitos sociais, o bem-estar, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fundada na harmonia social. Toda a interpretação Constitucional deve ser feita de forma que prestigie os direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento, e a justiça.

Ao longo da Constituição da República, vemos diversos preceitos, normas, regras e princípios que visam a garantir que o Poder não seja utilizado ou usurpado por quem dele pretende o benefício próprio (não o benefício de seu titular, o Povo), ferindo a Moralidade que se pretendeu institucionalizar em 1988.

O artigo 37 da Constituição, bem como **os princípios gerais de direito que a norteiam, tem como base central o Princípio da Moralidade. Tal princípio tem profundas correlações com o princípio da racionalidade dos atos estatais, dado que a ética tem raízes na inteligência. Os princípios gerais de direito, universalmente aceitos e expressos ou implícitos na Constituição, são dotados de efetividade normativa. São traves eles mestras do sistema a sustentar, através de sua efetividade normativa, a concretude formal e lógica do arcabouço jurídico de um determinado Estado.**

**O Pretório Excelso**, em reiteradas oportunidades, tem se manifestado no reconhecimento da efetividade normativa dos princípios gerais de direito, sendo célebre o voto exarado pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.564-DF, de competência do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, “*verbis*”:

“A descrição do legislador ordinário (...) sempre pautou-se (...) pelas **exigências mínimas de observância dos princípios gerais fixados, em texto meramente exemplificativo, pela Lei Fundamental da República**”. (Publicado na íntegra in “Impeachment”, edição do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 1996, pp. 104/198).

Dentre os princípios gerais do direito constam os princípios constitucionais previstos no *caput* do art. 37, que servem de viga mestra, de ossatura, do Estado. Tal princípio é um bem jurídico mais precioso que os bens patrimoniais públicos, pois a obser-

vância de tais valores, como a moralidade, a economicidade, a proporcionalidade, são regras jurídicas que encontram ressonância em qualquer consciência com formação intelectual mínima.

**O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello** demonstra que o princípio constitucional da moralidade aplica-se até mesmo no exame da constitucionalidade das leis, sendo também aplicável na legislação eleitoral, inclusive na impugnação de candidaturas de pessoas que respondem, em inquéritos ou processos, por atos graves, incompatíveis com o decoro, a probidade e a moralidade exigidas para o exercício de mandato eletivo.

**“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”**. (grifos nossos)

**“...os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário...”**

O Povo decidiu que não mais aceitaria ser subjugado, optando por um Estado de Direito voltado à Moralidade. Esta foi uma das grandes revoluções surgidas com a Constituição de 1988. **Vivemos, então, sob o império da Moralidade Administrativa, não se admitindo o acesso ao Poder de pessoas sem moral para isso.**

A Moralidade Administrativa é tão relevante que ao longo da Constituição Federal foi exposta expressamente em diversas ocasiões, sendo citada nos artigos 14, § 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos para sua cessação, **a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública -, Art. 37 - **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § Os atos de Improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em Lei, sem prejuízo da ação Penal cabível** - Art. 54 - há diversas restrições a atos

da vida particular ou comercial de Deputados e Senadores, bem como a suas propriedades e a profissões **tudo de modo a garantir a moralidade do mandato**, Art. 85, V - que estabelece ser crime de responsabilidade os atos do presidente da república **que atentarem contra a Probidade na administração**, arts. 101, 105, 119, II, 120, III, 123, I - **que sempre se referem à reputação ou conduta ilibada e idoneidade moral para que se permita pessoa**, de notável saber jurídico, **compor tribunais**, seja o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar e Tribunais Regionais Eleitorais.

Note-se que para compor ou integrar um dos três Poderes, o Judiciário, é necessário ter conduta e reputação ilibada, não se podendo admitir para integrar outros poderes - Executivo ou Legislativo - pessoas sem idoneidade moral ou reputação ilibada, porquanto o Poder é uno e indivisível por e pertencente ao mesmo titular, o Povo Brasileiro. **Logo, inviável dizer que : Para ingresso no Poder Judiciário é necessário ter moral, ser probo, no Executivo e Legislativo, não! Podem ingressar pessoas imorais,**

**ímprobos, acusadas de desonestas.**

Sempre que se fala em detentores de parcela do Poder Público - Executivo, Legislativo ou Judiciário - a Constituição refere-se ou utiliza-se das expressões probidade, ilibada, idoneidade ou moralidade. É que se não admite que aqueles que detenham Poder em nome do povo não sejam pessoas completamente idôneas, de moral ilibada, probas, íntegras. Afinal somos uma República que pretende ser norteada pela moral e honra, **daí porque não se pode admitir que pessoas que pretendam assumir o poder não tenham moral ilibada, indene de dúvidas. Fere ao princípio da moralidade e seu corolário - princípio da moralidade para o exercício de mandato eletivo o registro de candidatura de pessoas desonestas, imorais, criminosas.**

O Professor PAULO BONAVIDES completa o raciocínio:

**“São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina de que resulta para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente como normas, são normas-valores como positividade maior nas Constituições do que nos Códigos: e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do maior peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser princípio”**.<sup>2</sup>

**CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA** também disserta: **“Os princípios constitucionais são predeterminadores do regramento jurídico.** As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem a diretrizes compreendidas na principiologia informada do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado. (...)

*“Note-se que para compor ou integrar um dos três Poderes, o Judiciário, é necessário ter conduta e reputação ilibada, não se podendo admitir para integrar outros poderes - Executivo ou Legislativo - pessoas sem idoneidade moral ou reputação ilibada, porquanto o Poder é uno e indivisível por e pertencente ao mesmo titular, o Povo Brasileiro.”*



Em sua natureza jurídica, **os princípios constitucionais têm normatividade incontestável, quer dizer, contêm-se nas normas jurídicas do sistema fundamental. Estas normas, nas quais residem os princípios constitucionais, são superiores a quaisquer outras**, em razão do conteúdo expressa ou implicitamente nelas formalizado. (...).

Sendo a Constituição uma lei<sup>3</sup>, não se pode deixar de concluir que todos os princípios que nela incluem, expressa ou implicitamente, são leis, normas jurídicas postas à observância insuperável e incontrolável da sociedade estatal.<sup>4</sup>

MARIA SYLVA DI PIETRO amplia consideravelmente a noção de moralidade no direito administrativo, pois sustenta o caráter autônomo da moralidade administrativa em relação ao princípio da legalidade *stricto sensu*, traçando um breve histórico a respeito do assunto, ressaltando que o Constituinte de 1988 avançou em relação ao sistema constitucional anterior e consagrou, no art. 37, **caput**, da Magna Carta, como princípios independentes, a moralidade e a legalidade, punindo os atos de improbidade administrativa com “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei”.<sup>5</sup>

Há hipóteses em que a improbidade administrativa ocorre sem que haja ofensa direta a normas legais específicas, bastando que ocorra, por exemplo, procedimento incompatível com a honra, a dignidade e o decoro do cargo<sup>6</sup> ou de mandato eletivo, daí emergindo uma idéia bem delineada de moral administrativa. Mesmo os comportamentos “ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa”, devendo tal princípio ser observado pelo administrador, pelo particular<sup>7</sup> e pelo Juiz, segundo sustenta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.

Trata-se, portanto, de conceito jurídico que, no direito brasileiro, a par da influência recebida do direito francês, também recebeu importantes contribuições de princípios trabalhados no direito germânico, mostrando peculiares aspectos conceituais à luz da doutrina e jurisprudência pátrias. A moral administrativa, na medida em que incorporada ao sistema constitucional, torna-se, por óbvio, **uma moral jurisdicizada**, pois objeto do campo de incidência específico na norma jurídica.

O ordenamento jurídico eleitoral constitucional vigente visa a proteger a moralidade para o exercício de mandato eletivo, tendo sido erigido para tornar transparente o processo eletivo e livrar o eleitor da má influência dos poderes político e econômico, bem assim para afastar o abuso de exercentes de cargos, funções ou empregos da administração direta ou indireta, tudo isto para garantir que o povo esteja devidamente representado e **a evitar que pessoas sem moral**

**administrativa alcancem o Poder, porquanto incompatível com a relevante função de agente político.**

O legislador constitucional derivado tratou de explicitar os institutos já consagrados na Carta de 1988, acrescentando ao parágrafo 9º do artigo 14 da Carta Magna expressões que visam a reforçar o regime democrático livre das interferências dos abusos de poder político e econômico, **bem como de afastar do pleito eleitoral pessoas ímprobas, imorais, desonestas que procuram na obtenção de um mandato eletivo uma garantia a sua impunidade e um salvo conduto para mais desmandos e não para bem representar o Povo. Visou a esclarecer que, para se pleitear cargo eletivo, mister se faz ter moral administrativa, tornando também explícito para cargos eletivos o que já era expresso para o Poder Judiciário.**

**HELLY LOPES MEIRELLES** já em texto retirado do livro Direito Administrativo Brasileiro, *Hely Lopes Meirelles*, 16ª Edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1991, São Paulo, pg. 80/81, expressa bem sua opinião sobre moralidade:

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do “bom administrador”, que no dizer autorizado de

Franco Sobrinho “é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, **mas também pela moral comum**”.

Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto *nos seus efeitos*. E explica o mesmo autor: “Quando usamos da expressão *nos seus efeitos*, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo de *boa administração*, referimo-nos subjetivamente a *critérios morais* que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador”.<sup>8</sup>

O inegável é que a *moralidade administrativa integra o direito* como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí porque o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu com inegável acerto que “o controle jurisdicional se restringe ao exame de legalidade do ato administrativo; mas, **por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo**”.<sup>9</sup>

Repugna a consciência popular e a moral comum que pessoas desonestas,

acusadas de atos criminosos, de falta de moral e de improbidade, possam concorrer a exercício de mandato eletivo, que justamente, por princípio constitucional, exige moralidade para tal.

Sobre o princípio da moralidade administrativa, acolhido pela Constituição de 1988, vejamos um texto célebre de Ripert:

“...Seria apreciar superficialmente as coisas, acreditar na plenitude da ordem jurídica positiva, **sem atribuir ao seu**

*“O legislador constitucional derivado tratou de explicitar os institutos já consagrados na Carta de 1988, acrescentando ao parágrafo 9º do artigo 14 da Carta Magna expressões que visam a reforçar o regime democrático livre das interferências dos abusos de poder político e econômico, bem como de afastar do pleito eleitoral pessoas ímprobas, imorais, desonestas que procuram na obtenção de um mandato eletivo uma garantia a sua impunidade e um salvo conduto para mais desmandos e não para bem representar o Povo.”*



**valor outra razão, a não ser a da sua própria existência.** Se o direito não é mais do que mera coleção de normas de conduta, então dever-se-á considerá-lo como obra arbitrária dos governantes ou como o produto natural do estado social existente. Contudo, **perante quem refletir sobre as relações entre o Direito e a Moral**, de novo se proporá, por modo mais incisivo após a separação necessária das duas disciplinas, a questão de saber se o direito pode, destacado de suas raízes, viver unicamente da força de sua técnica, **ou se, ao contrário, só pode desenvolver-se por meio de uma constante penetração de sua seiva moral**”.

O parágrafo 9º da Constituição da República foi claro, **verbis**:

“§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, **afim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida progressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

A redação original, excluído o trecho em negrito, dispunha que lei complementar deveria dispor sobre outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições

contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego da administração direta ou indireta. Isto porque não pode o Legislador Constituinte prever todos os casos de influência do Poder econômico ou abuso de exercício de função, deixando esta função ao legislador complementar.

Com a Emenda Constitucional de Revisão n.º 4, de 1994, pretendeu-se deixar explícito o que já era implícito, ou seja, deixar claro que para poder candidatar-se a cargos eletivos as pessoas deveriam ser probas e ter moral para tal; **explicitou-se a exigência de moral para o exercício de mandato eletivo, não sendo elegíveis aquelas não possuam idoneidade para tal mister**. Note-se que, pairando dúvida razoável acerca da moral de determinado candidato, este fica automaticamente afastado do pleito, somente podendo concorrer quando resolvida a dúvida.

Inovou o Legislador Constituinte Derivado ao incluir a possibilidade de se averiguar, isto é, se aferir, investigar, analisar a vida progressa de qualquer pessoa que pretenda postular parcela do Poder Público, de modo a se obter um perfil que não venha a colocar em risco a moralidade e a probidade administrativas para o exercício de mandato eletivo, princípios contemplados pela própria Carta de 1988, com especial destaque no artigo 37, § 4º, e art. 14, § 9º. A análise da moralidade independe de Lei Complementar, pois já expresso na Constituição de forma clara. **Somente podem concorrer a cargos eletivos pessoas com moral para o exercício do mandato! Evita-se, dessa forma, a ocorrência dolorosa e traumática para a nação de casos**

**como os dos Deputados Hildebrando Pascoal e José Geraldo, que não foram impugnados a tempo mas não tinham moral para o exercício de mandato eletivo, sequer podendo ser candidatos, mas que foram eleitos e depois extirpados do seio do Congresso Nacional.**

Constituição estabeleceu, em seus artigos 9º, 10 e 11, o que é falta de moral administrativa para o exercício de Mandato. Qualquer pessoa que esteja acusada e com processo em andamento referentes a atos descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 ou por crimes não possui vida progressa e moral para o exercício de mandato. É preciso primeiro esclarecer definitivamente a situação para depois permitir o acesso ao mandato eletivo. É a segurança da coletividade e do titular do Poder que se impõe sobre o direito individual.

Do artigo de Juarez Freitas, “Do Princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação”, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 145, de fevereiro de 1996, pp 16/18, temos:

**“O Princípio da Probidade Administrativa e a Legitimação Passiva dos Agentes Públicos e dos Terceiros Beneficiários**

Associado ao juridicamente autônomo princípio da moralidade positiva - mais especificação do que qualificação subsidiária daquele - o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou desleais para com a Adminis-

tração Pública, praticados por agentes seus ou terceiros, com os mecanismos sancionatórios inscritos na Lei n. 8.429/92, que exigem aplicação cercada das devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo ordenamento. Sob a ótica da lei, **ainda quando não se verifique o enriquecimento ilícito ou o dano material, a violação do princípio da moralidade pode e deve ser considerada, em si mesma, apta para caracterizar a ofensa ao subprincípio da probidade administrativa, na senda correta de perceber que o constituinte quis coibir a lesividade à moral positivada, em si mesma, inclusive naqueles casos em que se não se vislumbram, incontrovertidos, os danos materiais.**

De outra parte, numa adequada e percuciente intelecção, em especial do art. 11 do diploma em exame, não se devem aplicar as sanções cominadas às condutas culposas leves ou levíssimas, exatamente em função do “telos” em pauta e por não se evidenciar, em situações semelhantes, a improbidade, sequer por violação aos princípios. **Postula-se, mais do que coibir o dano material, inibir a infringência, por si mesma nefasta, do princípio da moralidade, seja pelo agente público ou por terceiro, punindo-os com a imposição de penalidades severas, incompatíveis com a culpa leve ou levíssima.**

**Omissis...**

A partir daí, pode ser reelaborada a noção conceitual do princípio da probidade administrativa, vendo-o como aquele que veda a violação de qualquer um dos princípios, indepen-

*“...a avaliação da vida progressa do candidato é essencial para aferir se se trata de candidato ímprobo, sem moral. Sem sua análise, contrariar-se-ia o Princípio Constitucional da moralidade para o exercício de mandato eletivo.”*

dentemente da caracterização de dano material, desde que tal violação se mostre causadora concomitante de um dano mensurável, num certo horizonte histórico, à moralidade administrativa, prejuízo este a ser aferido por critérios que não devem descansar suas raízes em juízos preordenados pela vindita ou por outros impulsos menos nobres, recomendando-se, ainda uma vez, a atitude ponderada dos que não abusam da coercitividade, nunca admitindo transitar além dos limites traçados pela preservação da harmonia e da justiça numa sociedade livre, simultaneamente sem escorregar para subjetivismos contingentes.

Neste diapasão, **prática a improbidade qualquer agente público**, consoante a dicção elástica do art. 2º, servidor ou não (inclusive os agentes políticos em geral, os contratados por tempo determinado ou temporários e os celetistas), **que atentarem contra as pautas morais básicas** - abrangendo as relacionadas ao princípio conexo da boa-fé nos atos e nos contratos públicos -, da Administração Direta ou Indireta de qualquer dos Poderes e das várias entidades políticas, bem como de empresa incorporada ao patrimônio público e de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com qualquer valor, não se coadunando com o espírito da Constituição a exigência de “mais da metade do patrimônio ou da receita anual” (nos termos do art. 1º, da Lei n. 8.429/92).”

**No caso de ausência de Moralidade Administrativa para concorrer a cargo público atua-se de modo preventivo em prol da sociedade, assegurando tal pessoa que não vai sequer concorrer a cargo eletivo, porquanto não atende ao requisito Moralidade, Probidade e Vida Progressiva.**

Sobre a pessoa que pretende assumir função de comando social não pode pairar dúvida quanto a sua condição de probo, moral, com bons antecedentes, sob pena de violar os preceitos constitucionais que primam pela idoneidade, probidade, moralidade da coisa pública e dos detentores do Poder.

Da Constituição da República extrai-se que os detentores de parcela do Poder do Povo - exercido por seus representantes, seja do Judiciário, seja do Legislativo, seja do Executivo - têm de possuir moral ilibada, sob pena de não poder exercer o cargo e a função públicos a que pretendem. No caso de mandato eletivo sequer podem concorrer às eleições, no caso do Judiciário serão excluídos da indicação do Presidente da República. Repita-se não se pode admitir que pessoas sem moral para tal exerçam tão relevantes funções as quais revelem detenção de Poder.

É certo que o legislador infraconstitucional não cuidou de regulamentar o disposto no § 9º do artigo 14 da Constituição

Federal, a exemplo do que já fizera anteriormente em relação à redação original do § 9º do artigo 14, que resultou na Lei Complementar n.º 64, de 18/05/1990, contudo esta regulamentação é despicienda porquanto o a alteração do dispositivo é auto-aplicável, não necessitando de que legislador infraconstitucional estabeleça-lhe o alcance das expressões “probidade administrativa”, “moralidade administrativa”, e o que se entende o que seja “vida progressiva do candidato” para o exercício de mandato, uma vez que do bojo da constituição já se extrai estes conceitos, bem como já se regulamentou o artigo 37, § 4º através da Lei 8.429/92.

A alteração do dispositivo é auto-aplicável, devendo afastar do pleito todos aqueles sobre os quais pairam dúvidas acerca da sua Moralidade, visto que o que a Lei Complementar poderia vir a regular são somente os casos ou circunstâncias em a dúvida acerca falta de moral para o cargo eletivo não fosse considerada suficiente a afastá-lo do pleito. Poderia temperar a rigidez imposta pelo Princípio Constitucional da Moralidade, estabelecendo em que casos a ocorrência de dúvida acerca da probidade ou moralidade do pretendente a cargo eletivo não seria forte o suficiente para afastá-lo do Pleito, mas não poderia jamais dizer que pessoas ímprobos podem concorrer a tal cargo; poderia dizer que em certo caso, em face

de tal ou qual circunstância objetiva, havendo dúvidas acerca da moral administrativa das pessoas, estas dúvidas não são fortes o suficiente para excluí-la do pleito, não o fazendo, qualquer dúvida acerca da moralidade do candidato o afasta do pleito.

Existe um interesse difuso de toda a população na probidade dos agentes públicos. A moralidade pública é um bem que interessa a todos, logo, também é de interesse geral, difuso. Hely Lopes Meirelles e Bilac Pinto ensinam, desde meados da década de 60, que a moralidade e a probidade administrativa, para a Administração Pública, são bens (...) mais valiosos que o próprio patrimônio público no sentido restrito do termo.

Além disso, a improbidade nos agentes públicos, pelo efeito demonstração e pela impunidade, atua como um câncer, propagando-se, sendo a causa de prejuízos ao erário de bilhões de reais, enquanto crianças pobres morrem de fome.

A Constituição de 1988, no artigo 37, acolheu estes ensinamentos, **reforçando o controle judicial dos atos da Administração. Por isso, sendo um princípio constitucional, uma norma de hierarquia máxima, tem fundamentos éticos e materiais, para evitar a continuidade dos atos de improbidade praticados que ofendem os sentimentos de justiça dos cidadãos, e, principalmente, para evitar maiores danos à moralidade e ao patrimônio**

*“...um acusado de crime, ou de improbidade não possui idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, não cumprindo as exigências do artigo 14, § 9º da Constituição no que tange ao requisito moralidade para o exercício de mandato eletivo, não podendo o Judiciário se eximir de aplicar o Princípio da Moralidade em sua inteireza sob pena de se violar o Preâmbulo da Constituição Federal, e os artigos 14, parágrafo 9º, 5º, XXXV, 37, caput e parágrafo 4º, Art. 54, Art. 85, V, 101, 105, 119, II, 120, III, 123, I...”*

**nio público. A jurisprudência entende do mesmo modo:**

**“...2. A prática de qualquer ato administrativo, quer da administração direta, quer da administração indireta, não terá apoio do ordenamento jurídico se não se apresentar rigorosamente vinculado ao princípio da moralidade.**

**3. A defesa da moralidade administrativa pode ser efetuada via qualquer forma legislativa ou até mesmo sem norma expressa. É dever do administrador.**

4. Não há ofensa ao princípio da legalidade e ao ato jurídico perfeito quando o Tribunal de Contas, em decisão colegiada, impede que sociedade de economia mista assuma encargos financeiros de pessoa jurídica de direito privado que rege interesses particulares.

5. **Não é lícito que o Banco de Brasília pague as despesas administrativas de pessoal da empresa Regius S/C de Previdência Privada.** 6. Embargos de declaração acolhidos.” (EDROMS nº 6234 – DF de 19.05.98. acórdão nº 199500483890, 1ª Turma, Ministro Relator: JOSÉ DELGADO)”.

Assim, o registro de candidatura de pessoa que pretende concorrer a mandato eletivo que não tenha moral ilibada é completamente ilícita e inconstitucional, ferindo de morte o princípio da moralidade e seu corolário, princípio da moralidade para exercício de mandato.

Somos uma República Federativa destinada assegurar o exercício dos direitos sociais, o bem estar, o desenvolvimento e a justiça numa sociedade fraterna e pluralista e não uma quadrilha ou bando, ou mesmo corja de imorais, não se podendo aceitar que pessoas sem moral ou acusadas de crime pretendam deter parcela do Poder pertencente ao Povo e exercido em seu nome.

Nesse sentido, a avaliação da vida pregressa do candidato é essencial para aferir se se trata de candidato ímprobo, sem moral. Sem sua análise, contrariar-se-ia o Princípio Constitucional da moralidade para o exercício de mandato eletivo. A Constituição visou a evitar que pessoas pouco preocupadas com a *res publica* e mais interessadas com interesses particulares, próprios ou de outrem, venham a ocupar mandato eletivo.

A própria Carta Política já determinou que, para efeito de candidatura e assunção de mandato eletivo, deve-se levar em conta a vida pregressa do pretendente a fim de para proteger a moralidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Lembre-se que o Princípio do Estado de Inocência **diz respeito apenas à matéria penal** e não administrativa. Ademais, mesmo na esfera penal é permitida a prisão cautelar como garantia da sociedade. Do mesmo jeito, no Direito Eleitoral, é permitido o afastamento cautelar de pessoa que pretende se eleger, quando fundada dúvida acerca de sua moralidade ou probidade, fatos estes revelados pela sua vida

pregressa.

Note-se o que os Cols. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça já decidiram, **verbis**:

AGRAVO DE INSTRUMENTO ELEITORAL Nº 92.794 (AgRg) - SP

Relator: o Sr. Ministro Moreira Alves.

Inelegibilidade. Alínea n (em sua nova redação) do inciso 1 do artigo 1º da Lei Complementar nº 5/70. Interpretação no sentido de que basta a condenação, ainda que não transitada em julgado.

- Falta de prequestionamento das questões constitucionais (Súmulas 282 e 356).

**- Ademais, se esta Corte Já declarou constitucional a norma anterior que tornava inelegível candidato denunciado, com mais razão é constitucional a interpretação de que a condenação, a que alude a nova redação dessa norma, não necessita de haver transitado em julgado.**

Agravo regimental a que se nega provimento.

RECURSO EM MANDADO DF SEGURANÇA No 1.711-4 - PR (9210011635-3)

RELATOR: 0 EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO- CRIME FUNCIONAL. DENUNCIA. AFASTAMENTO.

O afastamento do servidor denunciado por crime funcional, adotado na lei estadual, que teria sido praticado no exercício da função, não afronta o princípio da presunção de inocência, **pois que tal cautela objetiva impedir a influência do acusado na apuração da infração administrativa cogitada.**

Recurso improvido.

Ora bem, um acusado de crime, ou de improbidade não possui idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, não cumprindo as exigências do artigo 14, § 9º da Constituição no que tange ao requisito moralidade para o exercício de mandato eletivo, não podendo o Judiciário se eximir de aplicar o Princípio da Moralidade em sua inteireza sob pena de se violar o Preâmbulo da Constituição Federal, e os artigos 14, parágrafo 9º, 5º, XXXV, 37, caput e parágrafo 4º, Art. 54, Art. 85, V, 101, 105, 119, II, 120, III, 123, I que, sistemicamente, demonstram que a acessibilidade à Parcela do Poder Estatal, seja Federal, Estadual, Distrital ou Municipal somente é possível a pessoas

probas, cuja moral seja ilibada, indene de dúvidas.

A súmula 13 do Col. Tribunal Superior Eleitoral se aplicada da forma como tem sido aplicada pelos Tribunais Regionais Eleitorais queda-se flagrantemente inconstitucional, visto que permite que pessoas sem moralidade para o exercício de mandato possam ter registrada sua candidatura, ignorando-se sua vida

*“A súmula 13 do Col. Tribunal Superior Eleitoral se aplicada da forma como tem sido aplicada pelos Tribunais Regionais Eleitorais queda-se flagrantemente inconstitucional, visto que permite que pessoas sem moralidade para o exercício de mandato possam ter registrada sua candidatura, ignorando-se sua vida pregressa do candidato.”*



pregressa do candidato. À Justiça Eleitoral incumbe fazer valer o princípio da moralidade e probidade para o exercício de mandato, não lhe sendo permitido registrar candidaturas de pessoas sem moral para o exercício de mandato eletivo. Decisão em sentido contrário é um estímulo à prática de crimes e atos de improbidade, além permitir que pessoas sem moralidade ascendam ao Poder, violando o princípio da isonomia previsto no artigo 5<sup>a</sup>, caput da Constituição da República, bem como a harmonia entre os poderes (Art. 2º da Carta Magna), visto que distingue entre o Judiciário e o Executivo e Legislativo, permitindo que pessoas sem moral ilibada e reputação idônea ascendam aos dois últimos e não ascendam ao primeiro, em flagrante disparidade entre os Poderes Constituídos.

Ademais os princípios constitucionais não que ser interpretados de forma a se compatibilizarem-se, não havendo qualquer prevalência entre eles. Dessa forma não se pode dizer que o princípio da moralidade é inferior a qualquer outro, inclusive, para fins de candidatura. Não se imputa ao recorrido qualquer penalidade ou sanção, mas somente prevenção, garantia que nos pleitos eleitorais somente podem concorrer pessoas sobre as quais não parem qualquer dúvida acerca de sua moralidade e probidade. Não se prejudica, apenas garante-se a segurança social. Não há suspensão ou cassação de direitos políticos, mas apenas garantia à acessibilidade a cargos políticos de pessoas idôneas, probas com moral indene de dúvidas.

Assim, deve o Poder Judiciário indeferir registro de candidaturas de pessoas que de uma análise objetiva possuam

mácula ou mancha em sua moralidade, incumbindo ao Ministério Público Eleitoral a impugnação pugna destes pedidos de registros, bem como recorrer de eventual deferimento, tudo na condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e interesses sociais indisponíveis (art. 129 da Constituição da República), pois a sociedade tem o direito de ver concorrer a qualquer parcela de Poder estatal apenas pessoas probas, de moral ilibada e não pessoas que possuam mácula ou dúvidas quanto a sua reputação devido a atos criminosos, de improbidade ou imoralidade.

## ■ Notas ■

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello in “Elementos de direito administrativo”, 1986, p. 230.

<sup>2</sup> Cfr. Curso cit. p. 248.

<sup>3</sup> Melhor seria norma fundamental que positiva os princípios gerais norteadores do sistema jurídico de um determinado Estado.

<sup>4</sup> Cfr. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte. Livraria Del Rey, 1994. pp. 25 e 26.

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, 4ª edição, 1994, p. 70.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, 4ª edição, 1994, p. 70.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, 4ª edição, 1994, p. 70.

<sup>8</sup> Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O Controle da Moralidade Administrativa*, São Paulo, 1974, pág. 11. Nessa.

<sup>9</sup> TJSP-RDA 89/134, sendo o acórdão da lavra do Des. Cardoso Rolim.

## ■ Comentários acerca da Prescrição Virtual ou em Perspectiva ■

Thaméa Danelon Valiengo

Procuradora da República em São Paulo-SP

### 1. Introdução

Pode-se afirmar que o tema “A Prescrição em Perspectiva” impele muita controvérsia.

De um lado posicionam-se os juristas defensores da Prescrição Antecipada, sustentando a adoção deste instituto como fundamento do arquivamento do inquérito policial, bem como da decisão que rejeita a denúncia.

Esta corrente afirma que o acolhimento da também chamada prescrição virtual evitaria o ajuizamento de diversas ações penais sem utilidade, tendo em vista que estas não teriam o condão de

possibilitar a aplicação do *jus puniendi*, diante da inevitável ocorrência da prescrição retroativa.

Sendo este nosso entendimento, argumentamos que diante da existência da prescrição em perspectiva faleceria ao titular da ação penal interesse de agir, na modalidade utilidade, pois a prestação jurisdicional não teria aplicação.

De outro lado, manifestam-se os posicionamentos contrários à adoção desta prescrição.

Diante desta discussão, diversos entendimentos vão se formando, alguns adotando a posição de nossos tribunais, ou seja, contrários à Prescrição em Perspectiva, e outros acolhendo o presente instituto.

## 2. Prescrição Antecipada

A prescrição em perspectiva nada mais é do que o reconhecimento antecipado da futura ocorrência da prescrição retroativa mediante a realização de simples cálculos aritméticos no que se refere à eventual pena a ser aplicada.

Logo, sendo possível antever-se, em um caso concreto, que a pena será fixada no mínimo legal – diante da primariedade do réu e inexistência de antecedentes – e que o lapso prescricional previsto no artigo 109 do Código Penal fatalmente atingirá seu fim, nada mais justo e prudente que a máquina judiciária não seja provocada, visto que esta não poderá tutelar a pretensão do autor-Ministério Público, diante da impossibilidade de se executar a pena, tendo em vista o advento da prescrição retroativa.

## 3. Dos Entendimentos Contrários à Adoção da Prescrição Antecipada

### 3.1. Da Impossibilidade de se Decretar a Prescrição Retroativa Antes do Término do Processo

Alguns doutrinadores e operadores do Direito são contrários à adoção da prescrição virtual pois entendem que a prescrição retroativa não poderia ser decretada antes do término do processo.

Os defensores desta tese insistem que a decretação da prescrição retroativa pressupõe uma pena concreta, sendo esta auferida após o decurso de toda a instrução penal.

Logo, de maneira alguma o Ministério Público poderia propor o arquivamento do inquérito policial diante da existência desta causa extintiva da punibilidade, a saber: a prescrição retroativa.

No mesmo diapasão, o Magistrado estaria impedido de decretar antecipadamente a prescrição da pretensão punitiva, vindo, conseqüentemente a não receber a denúncia.

Todavia, devemos ter em mente duas questões distintas.

Se ao oferecer a denúncia o Promotor de Justiça ou Procurador da República constata que o crime está prescrito diante da prescrição da pretensão punitiva (levando-se em conta a pena *in abstracto*), este deverá promover o arquivamento do inquérito policial diante da **extinção da punibilidade** (artigo 109, IV do Código Penal).

Por outro lado, se este membro da acusação aferir que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva mas que, fatalmente, ocorrerá a prescrição retroativa (pena *in concreto*) no momento em que o juiz for proferir a sentença, também deverá promover o arquivamento do inquérito policial, mas sob outro fundamento: **ausência do interesse de agir** como condição da ação penal (artigo 43, III, *in fine* do Código de Processo Penal).

Assim, podemos afirmar que o objeto de nosso estudo não se resume na possibilidade de se decretar antecipadamente a prescrição retroativa impedindo-se, desta forma, a propositura de ação penal.

O que defendemos é a impossibilidade de oferecimento de denúncia tendo em vista estar ausente uma condição da ação,

qual seja, o interesse de agir.

Assim, concordamos com a corrente que sustenta a necessidade de uma sentença condenatória para fins de se aplicar o instituto da prescrição.

Nesta linha de raciocínio, não pode ser declarada a prescrição retroativa no momento do recebimento ou não da denúncia, pois esta declaração pressupõe a existência de uma sentença condenatória.

Assim sendo, o magistrado, em vez de decretar extinta a punibilidade, deverá deixar de receber a denúncia por falta de justa causa, diante da ausência de interesse de agir na modalidade UTILIDADE.

Logo, não se pretende, com o acolhimento de nossa tese, a decretação da prescrição retroativa como fundamento para o arquivamento do inquérito policial, e nem mesmo que a denúncia não seja recebida diante da existência da prescrição. O que se almeja é o arquivamento daquele e o não recebimento desta tendo em vista a **ausência do interesse de agir** por parte do Ministério Público, caracterizado pelo futuro advento da prescrição retroativa.

### 3.2. Ausência de Previsão Legal

Outro argumento contrário à Prescrição Virtual é a ausência de previsão legal da mesma.

Esta corrente alega a inexistência da chamada prescrição antecipada no ordenamento jurídico, logo, não poderia ser aplicada como causa extintiva da punibilidade.

Contudo, como bem observamos no título anterior, não pregamos a aplicação da prescrição em estudo, mas sustentamos que a existência desta enseja *falta de interesse de agir*, visto que este é uma das condições da ação, e de acordo com o artigo 43, inciso III do Código de Processo Penal, **a denúncia não será recebida quando faltar qualquer condição da ação**.

Assim, existe previsão legal para o não recebimento da denúncia quando ausente o interesse de agir - uma das condições da ação; e, sendo a prescrição antecipada questão inibidora da existência do interesse de agir, a ação processual não poderá ser exercida.

### 3.3. Violação ao Devido Processo Legal – Impossibilidade de Proferimento de Eventual Sentença Absolutória

Os defensores deste argumento justificam que a declaração da existência da prescrição antecipada, com conseqüente arquivamento dos autos, impossibilitaria garantir-se ao réu os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

Segundo este entendimento, o réu estaria obstruído para realizar sua defesa, ferindo-se, desta forma, o Princípio do *Due Process of Law*.

Podemos afirmar que o nascimento do Processo Penal se dá com o recebimento da denúncia pelo Magistrado competente.

Até este momento, o processo ainda não existe.

A denúncia será recebida caso estejam presentes os requisitos 41 do Código e as condições da ação, que são 1) legitimidade

de partes; 2) possibilidade jurídica do pedido e 3) interesse processual.

Assim, na ausência de uma das condições da ação, a denúncia não será recebida pelo Magistrado, não ocasionando o nascimento do processo.

Por outro lado, a partir do início do processo penal com o recebimento da peça acusatória todos os Princípios Processuais Penais deverão ser observados, principalmente o Princípio do Devido Processo Legal.

Com esta explanação, podemos concluir que falaremos sobre o *due process of law* exclusivamente após o início do processo, visto que este princípio, tal como o Princípio do Contraditório, não se aplica à fase investigativa do Inquérito Policial e nem antes do início do recebimento da denúncia.

Assim, eventual violação a ele ocorreria durante a marcha processual.

#### 3.4. Impossibilidade de o Ministério Público – Transmutando-se de Julgador – Supor Qual Pena Será Aplicada

Esta corrente entende que a condenação e a conseqüente fixação da pena são tarefas exclusivas e inerentes ao Poder Judiciário, assim, o Ministério Público não poderia supor qual pena seria eventualmente aplicada.

Ademais, esta doutrina sustenta que a prescrição antecipada toma como referência dado aleatório e a condenação reclama o devido processo legal.

Contudo, estes entendimentos não podem prosperar, pois o Ministério Público ao antever uma eventual pena que seria aplicada não se transmuda de julgador, apenas realiza simples cálculos aritméticos para constatação do *quantum* relativo à pena.

#### 3.5. Impossibilidade de se Prolatar Sentença Condenatória que Importaria em Registro Para Reincidência e Título Civil Executório

Este posicionamento sustenta que na hipótese de arquivamento de inquérito policial ou não recebimento da denúncia diante da existência da prescrição em perspectiva, o juiz estaria impedido de proferir eventual sentença condenatória, não sendo utilizada para comprovação de futura reincidência ou como título executivo judicial.

Contudo, antes de se combater esta assertiva, devemos ter em mente os efeitos da sentença condenatória bem como da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Sabe-se que a sentença condenatória apresenta efeitos principais e secundários.

Podemos elencar os seguintes efeitos como: a) certeza da obrigação de reparar o dano resultante da infração; b) perda de instrumentos ou do produto do crime; c) perda do cargo, função pública ou mandato eletivo; d) incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; e) prisão do réu; f) lançamento do nome do réu no rol dos culpados; g) perda da primariedade; h) revogação do *sursis* penal e processual bem como do livramento

condicional; j) impedimento à naturalização.

No que se refere aos efeitos inerentes à prescrição retroativa podemos afirmar que esta extingue a pretensão punitiva. Assim, quando decretada rescindir a sentença condenatória, excluindo seus efeitos principais e secundários.

Assim, extinguindo o poder dever de punir, os efeitos da sentença condenatória não subsistirão. Esta sentença somente terá importância no que se refere à fixação da quantidade da pena privativa da liberdade – a qual embasou o cômputo do prazo prescricional.

Nesta linha de raciocínio, caso o réu tenha sido condenado e, posteriormente, tendo sido decretada a prescrição retroativa, esta sentença condenatória não importará em futura decretação de reincidência, ou seja, se, posteriormente, este réu sofrer nova condenação, não será considerado reincidente em decorrência da sentença condenatória anterior, pois, como já afirmado, este efeito estará extinto.

Neste diapasão, rescindida a sentença condenatória, rescindido estará o título executivo judicial, impossibilitando, assim, o ajuizamento de Ação de Execução com base nesta sentença, malgrado reste para a vítima o ajuizamento de “Ação Civil *Ex Delito*”.

Assim sendo, não se deve acolher o entendimento esposado no início deste título, o qual sustenta que o acolhimento da prescrição antecipada impediria o proferimento de sentença condenatória, a qual resultaria em registro em reincidência e título executivo judicial dos danos.

#### 4. Interesse de Agir

O interesse de agir é a condição da ação que mais nos interessa no presente estudo.

Segundo a melhor doutrina processual, o interesse de agir resume-se na possibilidade de se reclamar ao Estado que exerça sua atividade jurisdicional capaz de tutelar eficazmente um interesse.

Assim, exercendo-se um raciocínio *a contrario sensu* faltará interesse de agir quando o Estado-Juiz estiver impedido de oferecer a prestação jurisdicional solicitada pelo Estado-Administração, representado pelo Ministério Público.

O interesse de agir desdobra-se no binômio *necessidade/utilidade*, e para alguns doutrinadores *necessidade/adequação*.

Assim, o binômio traduz-se na necessidade de se recorrer ao Judiciário para obtenção do resultado desde que a atividade jurisdicional seja útil, ou seja, eficaz a satisfazer o interesse do autor.

É possível afirmar que a necessidade é inerente ao processo penal, visto que a pena somente será aplicada após o devido processo legal.

Contudo o requisito utilidade poderá estar ausente, ou seja, quando se constatar que a atividade jurisdicional é inócua, sem possibilidade de aplicação.

A ausência da utilidade estará concretizada quando o Ministério Público oferecer denúncia a respeito de certo crime e pela simples análise da eventual pena a ser posteriormente aplicada



já for possível antever a ocorrência da prescrição retroativa.

Neste caso, malgrado pertença ao Estado o interesse no exercício da jurisdição, não é conveniente movimentar a máquina judiciária sem a possibilidade de se extrair, desta atividade, qualquer resultado útil.

Assim, diante da ocorrência da inafastável prescrição retroativa, o Estado não poderá exercer o *jus puniendi*, ou seja, estará impedido de aplicar a pena ao caso concreto.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior o processo jamais deverá ser utilizado como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica, logo, falecendo ao processo a possibilidade de corrigir a lesão à ordem jurídica (ou seja, apenar o agente do ilícito penal), ausente estará o pressuposto da utilidade processual.

### 5. Conclusão

Entendemos que a Prescrição em Perspectiva importa em ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir na modalidade utilidade.

Logo, constatada a Prescrição Antecipada, o Ministério Público deverá propor o arquivamento do inquérito policial. Caso o representante do *parquet* tenha oferecido a denúncia, o Magistrado deverá rejeitá-la.

O acolhimento de nossa tese não importa na decretação da prescrição retroativa antes do término do processo, mas sim na constatação da ausência do interesse de agir.

De fato esta modalidade de prescrição não está prevista em lei, contudo, sua ocorrência enseja a falta da condição da ação prevista no artigo 43, inciso III, *in fine*, do Código Penal.

Por outro lado, a prescrição virtual não viola o princípio do devido processo legal, pois esta aparece antes do início do processo. Ademais, não é sustentável o argumento contrário à prescrição antecipada no sentido de que ela impossibilita eventual proferimento de sentença absolutória, pois, constatando-se a ausência de condição da ação, ou a presença de causa extintiva da punibilidade, o processo também será encerrado.

Quando o Ministério Público antevê a pena a ser fixada por meio da realização de cálculos aritméticos, ele não se transmuda em Julgador, apenas constata o *quantum* da sanção futuramente fixado.

Por outro lado, inadmissível o argumento de que o acolhimento da prescrição em perspectiva impediria a prolatação de sentença condenatória, a qual importaria em registro para reincidência e título civil executório, pois, caso a prescrição antecipada não ocasione o arquivamento do inquérito e, conseqüentemente, seja iniciada a ação penal, o futuro advento da prescrição retroativa impedirá a existência de qualquer efeito proveniente da sentença condenatória.

No que se refere ao Princípio da Obrigatoriedade, este também não é violado com a adoção de nossa tese, pois o Promotor de Justiça/Procurador da República não está obrigado a oferecer denúncia quando ausente qualquer condição da ação.

Assim sendo, devemos ter em mente que o instituto da Prescrição Antecipada não visa diminuir ou eliminar o maior número de processos possível.

Alguns juristas vislumbram que o único fundamento deste instituto é a preocupação dos operadores do direito em se ver livres do grande número de inquéritos e processos<sup>1</sup>.

Contudo, não defendemos esta tese em nosso estudo.

O que sustentamos é aplicação da Prescrição Antecipada para evitar-se uma ação penal fadada ao insucesso, diante da ausência do interesse de agir, fato este que impossibilitará o efetivo cumprimento da sentença condenatória.

Assim, caso existam dúvidas a respeito da eventual pena a ser aplicada, não é prudente aplicar-se o instituto da Prescrição Antecipada objetivando o arquivamento do inquérito policial ou o não recebimento da denúncia.

Logo, o tema em discussão deverá ser analisado e aplicado em casos concretos, quando de fato estiver evidenciada a ausência da condição da ação "**Interesse de Agir**", sob pena de resultar em efetiva impunidade.

### ■ Notas ■

<sup>1</sup> "A angústia de acelerar o procedimento, afastar os processos da Vara, enviá-los ao Tribunal, via recurso, ou, com grande alívio, remetê-los para o arquivo, tem motivado o aparecimento de mais de uma categoria de prescrição – prescrição antecipada, também conhecida como prescrição precalculada." CERNICCHIARO, Luis Vicente. Prescrição Antecipada. In: *Correio Braziliense*. Brasília. 1995. Suplemento Direito & Justiça.

## Colabore com o Boletim dos Procuradores da República

Envie o seu artigo para publicação no Boletim, observando o seguinte:

- 1 tamanho máximo de 20.000 (vinte mil) caracteres, com espaços, contando com eventuais notas de fim de texto e referências bibliográficas
- 2 ausência de conteúdo ofensivo, sobretudo a membros do Ministério Público.

Os textos devem ser enviados aos endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.mpf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundacao@pedrojorge.org.br  
tel. (61) 321-5414 / 1495

Os textos que excedam o tamanho máximo somente poderão ser publicados caso não haja textos dentro do padrão para completar a edição

Artigos terão preferência sobre peças processuais

## ■ Uma Abordagem Constitucional da Inclusão Social Fortalecer o Papel Integrador da Constituição para Assegurar Acesso ao Direito ■

Rogério José Bento Soares do Nascimento

Procurador Regional da República – 2ª Região / Doutor em Direito Público pela UERJ  
Prof. do Mestrado em Direito da UNESA

### O Bicho

Vi ontem um bicho  
Na imundície do pátio  
Catando comida entre os detritos.

Quando achava alguma coisa,  
Não examinava nem cheirava:  
Engolia com voracidade.

O bicho não era um cão,  
Não era um gato,  
Não era um rato.

O bicho, meu Deus, era um homem.  
Manuel Bandeira.

### 1. Apresentação

O enfrentamento da exclusão está entre as tarefas mais urgentes do Ministério Público Federal. Um dos traços que singulariza a instituição na ordem constitucional inaugurada em 1988 vem a ser a missão que lhe foi concedida de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, zelando pelo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, promovendo o inquérito e a ação civil pública, para a proteção de interesses difusos e coletivos, alcançando até a defesa judicial dos direitos de populações indígenas, expressamente, das minorias e populações tradicionais implicitamente.

O presente trabalho originalmente constituiu exposição apresentada no Seminário Direito e Inclusão Social, realizado em maio de 2005 no Rio de Janeiro, comemorativo dos 35 anos do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. A relevância e a atualidade do tema justificam sua publicação, todavia, foram mantidas as características originais de uma apresentação oral, com o acréscimo de uma ou outra referência bibliográfica indispensável.

A abordagem da inclusão social de uma perspectiva constitucional, aqui proposta, parte da premissa de que é preciso incorporar ao universo jurídico os miseráveis e os pobres, as minorias étnicas ou religiosas, enfim, todos que pertençam aos grupos sociais vulneráveis. É preciso tê-los vinculados ao sistema de direitos, mesmo quando estrangeiros. É preciso garantir-lhes meios de participar da seleção de políticas públicas, e da fruição de vantagens que a coletividade gera, contando com a participação de todos – seja em um grau maior ou menor, não

importa. *Todos contribuem em alguma medida para o patrimônio social, todos devem dispor de meios para usufruírem deste patrimônio comum.*

A Constituição brasileira assume, desde o seu preâmbulo, um projeto de sociedade *fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*. Um projeto que é emancipatório, porque supõe respeito à dignidade da pessoa humana. A pessoa, que é o centro da vida social, num ambiente democrático, se relaciona de modo autônomo, que quer dizer *livre de coerção, em meio ao reconhecimento, simultâneo, de igualdade e diferenças*.

A *emancipação* passa pelo *desenvolvimento econômico, pela integração regional e mundial e pela inclusão social*, objetivos explícitos do Estado brasileiro. Passa pelo *progresso, ecologicamente sustentável, economicamente viável, socialmente justo e inclusivo*. A exigência de que as relações sociais sejam justas exprime a necessidade de contemplar os interesses majoritários, já a de inclusão traduz a exigência de espaço para os interesses dos grupos socialmente vulneráveis (consideradas as diferenças de gênero, de idade e de capacidade física, os grupos étnicos com identidade definida, religiosa ou cultural e as populações tradicionais).

A modernização do Estado, primeiro com urbanização e a industrialização concebidas dentro de um modelo desenvolvimentista calcado na substituição de importações e no investimento estatal na economia, depois, com a desregulamentação, informalidade e redução do investimento público, dificultou o acesso a serviços essenciais para grupos não organizados de modo corporativo, com prejuízo para cumprimento das funções públicas constitucionais.

A dicotomia inclusão/exclusão, introduzida pela sociologia no vocabulário das ciências humanas e sociais aplicadas no correr do século XX exprime uma realidade antiga e multidimensional. *Há exclusão toda vez que integrante do grupo social está impossibilitado de usufruir de recursos criados na sociedade da qual é parte.*

Nas sociedades pluralistas, baseadas na aceitação da liberdade individual e das diferenças que decorrem do exercício desta liberdade, a disparidade de acesso ao patrimônio comum é mais grave. A heterogeneidade e os conflitos de interesse dela derivados podem propiciar, como se dá no Brasil, exclusão que decorre simplesmente da *pobreza, da privação de recursos* ou resultante da *ausência de cidadania*, entendida como meio de *participar com influência* na formação da opinião e da vontade geral.

A sociologia costuma distinguir como dimensões do cotidiano

relevantes para fins de reconhecimento:

- O Ser. Ligado à idéia de personalidade, auto-estima, dignidade.
- O Estar. Ligado à rede social de proteção, interação, aceitação em meio aos grupos de convívio próximo e direto.
- O Fazer. Ligado à possibilidade de produzir, reconhecimento pela geração de meios de sustento pessoal e de familiares.
- O Criar. Ligado à possibilidade de inovar, de agir sobre o mundo de forma original.
- O Saber. Ligado ao acesso a informação, para tomada de decisões.
- O Ter. Ligado à capacidade de consumir.

A pobreza é só uma parte do fenômeno da exclusão social, ligada à presença de obstáculos no acesso aos meios de reconhecimento social, nas dimensões do fazer, criar, saber e ter – extremamente valorizados na sociedade de consumo –, mas que não expressam toda a complexidade da inserção das pessoas na coletividade. Lembre-se que a ONU estabeleceu em 1997 a década para eliminação da pobreza e estamos chegando ao seu final sem sucesso. *Há exclusão social sem pobreza* que atinge grupos sociais discriminados (idosos, pessoas com deficiência, minorias étnicas ou religiosas).

A exclusão vista de uma perspectiva multidimensional como o boqueio de canais sociais para emancipação, tanto deriva de *privação*, da insatisfação de necessidades básicas para a sobrevivência (o fenômeno já destacado da pobreza), quanto de *marginalização*, negativa de acesso aos meios de vida padrão, necessários para o desenvolvimento pleno da personalidade (o fenômeno da *discriminação*). Além disso pode ser *total*, caracterizada pela ausência de vínculos com a sociedade institucionalizada ou *parcial*, quando existe a preservação de laços comunitários familiares e/ou de vizinhança.

A *inserção* de indivíduos e grupos na sociedade pode se dar mediante duas estratégias distintas. Muito embora seja comum usar *integração* e *inclusão* como sinônimos *integração* é a inserção de quem já está apto e é incorporado no seu interesse, enquanto a *inclusão* significa *inserir com respeito às individualidades, incorporar aceitando as diferenças e limitações no interesse de todos na convivência entre opostos*.

## 2. Estado do debate

No Brasil o discurso sobre inclusão penetrou o universo jurídico no debate sobre políticas públicas de convivência com pessoas com deficiência, cuja integração à vida comunitária é

exigência da Constituição (CR, art. 203, IV e 227, § 1º, II)<sup>1</sup>. A inserção dos portadores de deficiência está regulada nas Leis 7.853, de 1989 e 10.089, de 2000 entre outras. No texto constitucional não se distingue *integração* e *inclusão*.

No plano internacional vem sendo afirmada a utopia de uma sociedade inclusiva como preconizado na *Resolução 45, de 1990, da ONU* (que adota a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e das suas Famílias) e na Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência – Convenção da Guatemala, promulgada pelo Decreto 3956, de 08/10/2001. O tema da inclusão foi tratado na Conferência sobre População e Desenvolvimento no Cairo em 1994 e na Conferência Mulheres e Desenvolvimento em Pequim de 1995, mas particularmente na *Conferência sobre o Desenvolvimento Social* de Copenhague também de 1995. É possível citar também iniciativas voltadas para extensão da proteção social aos excluídos e estratégias multilaterais integradas de inclusão social (nesta linha há o Programa Global Estratégias e Técnicas contra a Exclusão Social e a Pobreza – STEP da OIT).

O termo *inclusão social* que exprime uma alternativa e um projeto, construídos por oposição ao *fato da exclusão social*, tem emprego relativamente recente, porém, extremamente difundido. A expressão *exclusão social*, tal como tem sido usada, costuma ser atribuída a Renè Lenoir, por sua obra de 1974: *Les Exclus*. O conceito foi desenvolvido a partir de 1981 em

sucessivos trabalhos do Indiano Amartya Sen, em Cambridge, como *Desigualdade Reexaminada e Desenvolvimento como Liberdade*<sup>2</sup>, trabalhos que lhe renderam o prêmio Nobel de economia de 1998, sendo difundido no Brasil pela obra do também francês Robert Castel *A metamorfose da questão social* de 1995.

A retórica da inclusão/exclusão traz vantagens e desvantagens sobre o discurso de matriz norte americana sobre marginalização. Desvantagem porque situa o oposto, o outro, o diferente fora da comunidade – excluído. O marginal está na periferia, mas é admitido como parte integrante do mesmo grupo social.

Vantagem porque substituiu um termo fortemente pejorativo impregnado da idéia de repulsa, por um termo carregado de alguma solidariedade, de certa compaixão.

No Estado Democrático de Direito a *inserção* significa que a ordem política se mantém aberta e propensa a equiparar discriminados e a incluir marginalizados, sem lhes impor uma identidade que venha a ser idealizada como retrato de um povo pseudo homogêneo. A parcela do povo, que acidentalmente se revela maioria, sendo comunidade de destino que se expressa concretamente pelo Direito, e não abstratamente por uma ascendência comum imaginária, deve solidariedade e respeito aos diferentes. *Inclusão é inserção com sensibilidade para as diferenças*<sup>3</sup>.

“...a Constituição começa a ser negada antes de ser efetivada e a estabilização e o crescimento, recuperados com a austeridade monetária e fiscal, não tocam no quadro de pobreza que foi herdado do modelo anterior, antes pelo contrário, apenas aprofundam a exclusão.”



### 3. A dura realidade brasileira

A Constituição captura o tempo. Ela responde ao passado – o texto longo e analítico de 1988 não faz sentido quando se esquece que a Constituição reage ao regime autoritário instalado no Brasil depois de 1964 – ela organiza e atua sobre o presente – já não há quem negue a sua força normativa, a aplicação imediata das normas que reconhecem direitos e a incidência direta nas relações privadas, a doutrina brasileira da efetividade constitucional expressa essa face – mas ela também traz um projeto de sociedade uma promessa para o futuro.

Não é preciso retornar ao passado distante para tentar compreender nossas mazelas sociais. Não que o passado distante não traga lições, ou que parte dos nossos problemas não tenham raízes coloniais – assim por exemplo a exclusão do que restou dos povos indígenas – ou imperiais – por exemplo as marcas profundas deixadas pelo modelo escravocrata. Apenas o nosso tempo não permite ir tão longe. Basta fixar os olhos no século XX e neste começo de século XXI.

O projeto de modernização e desenvolvimento baseado na urbanização acelerada, na industrialização estimulada pelo poder público, dentro de um modelo de substituição de importações, num primeiro momento, revelou um sucesso parcial, do ponto de vista do crescimento econômico, mas também *acentuou diferenças de acesso aos frutos deste crescimento*. Os bóias frias no campo e a favelização nas cidades são subprodutos desta fase. O fluxo migratório não mais cessou e os conflitos no campo só se tornaram mais complexos com a difusão do agronegócio.

Parte do crescimento, inclusive dos dourados anos cinquenta, foram financiados com pesado endividamento externo, endividamento que foi multiplicado no chamado milagre brasileiro, na passagem dos anos 60 para os anos 70. Este modelo desenvolvimentista se rompeu nos anos 80, em meio a crise da dívida externa, causando instabilidade econômica e recessão. *Foram anos duros, mas foram também fecundos. A redemocratização data desta época. É desta época a promessa de justiça social contida na Constituição.*

No entanto, o esgotamento do modelo de substituição de importações, no início dos anos 80, causou desequilíbrio, crescimento da inflação e desvalorização da moeda. Neste ambiente, nossa dependência externa tornou-se aguda. As agências internacionais de financiamento e nossos parceiros comerciais no exterior pressionavam pela revisão do modelo, pela adoção de um modelo de equilíbrio fiscal, com redução do Estado, abertura externa, desregulação.

Enquanto a Constituição de 1988 estava sendo escrita, baseada numa concepção de país formulada entre os anos 30 e 50 do século XX, o governo experimentava planos de estabilização econômica (cruzado, bresser) baseados numa concepção

nova, diferente daquela. *Houve uma fissura entre o projeto constitucional e a realidade econômica.*

O novo modelo deu resultados monetários. A dívida externa continuou a crescer, mas o comércio exterior também cresceu, a instabilidade diminuiu, mas as relações de trabalho se tornaram fluídas. A população também cresceu, especialmente nos grandes centros urbanos transformados em megalópolis.

Permaneceu um mal estar. Uma antinomia entre a imagem constitucional de país e a visão de país suposta no novo modelo de estabilização econômica, que passou a reivindicar a submissão do jurídico à sua lógica. *A Constituição passa a ser apontada como vilã e a sua reforma indicada como panacéia.*

O perverso deste cenário está em que *a Constituição começa a ser negada antes de ser efetivada e a estabilização e o crescimento, recuperados com a austeridade monetária e fiscal, não tocam no quadro de pobreza que foi herdado do modelo anterior, antes pelo contrário, apenas aprofundam a exclusão.*

Passamos a conviver com males da pós-modernidade (exclusão digital, intolerância étnica, tensões causadas pela revisão do papel social das mulheres e daqueles que adotam orientações sexuais minoritárias, recepção de imigrantes clandestinos e passivo ambiental) ao lado dos males modernos não solucionados e até agravados.

*O novo modelo, dominado pela lógica utilitarista, refratário a lógica e a ética do entendimento, não abriga um projeto de emancipação, por isso é excludente.*

*Paradoxalmente o preço da estabilidade tem sido o da precariedade. A abertura comercial gerou desemprego. A modernização no campo gerou concentração fundiária e conflito. A diminuição da regulação estatal gerou piora nas condições de emprego. O grau de exigência para ingresso no mercado econômico formal passou a ser maior e menor o número dos capacitados a atender essa exigência. Tudo isso traz pobreza, exclusão e ausência de cidadania.*

A crise de financiamento do Estado levou à uma crise de custeio da assistência e da seguridade social, levou à uma

distribuição desigual dos serviços públicos (educação, transporte, saúde etc); levou ao aprofundamento da marginalização urbana, com a favelização; preservando a marginalização étnica. Ou seja, *contribuiu para segregação e perda de integração.*

*“Na medida em que a constituição brasileira é reativa, compromissória, analítica e dirigente faz uso reiterado de conceitos abertos, tendência essa que só se acentua com o novo paradigma de um ‘direito ético’ que superou o positivismo.”*

### 4. O papel integrador da Constituição

Passada uma década de hegemonia do projeto de sociedade pensada pela ótica do mercado econômico, pensada como *espaço de competição*, sem que se tenha alcançado paz social, talvez seja hora de experimentar um olhar diferente.

Quando a adversidade é muita a saída pode estar na *cooperação, na busca do entendimento, que só se torna possível*

com aceitação do que nos une e do que em nós é diferente. Neste plano, da busca de harmonia, de composição de conflitos o Direito como um todo e o direito constitucional com seu papel de moldura do espaço de convivência tem muito a contribuir.

A constituição histórica consolida as tradições constitucionais de uma comunidade concreta, as experiências passadas e aspirações para o futuro. A constituição normativa exprime um compromisso constitucional datado e localizado. A doutrina constitucional tem a responsabilidade de articular cada uma destas dimensões, levando em conta o papel integrador do constitucionalismo. Integração, aqui tomada como o processo de formação, expressão e preservação dos elementos de coesão entre indivíduo e comunidade, tomada no sentido de todo, sem excluir os agrupamentos parciais de interesses, sejam eles conjunturais ou estáveis<sup>4</sup>.

Trata-se de um processo *cultural*, de partilha de significados e de memória, forjada em narrativas compartilhadas no debate científico e por meio das artes; *social*, de convivência amparada na divisão social do trabalho e de papéis; *econômico*, representado por um modo peculiar de produção e distribuição dos meios materiais de subsistência da comunidade; *político*, porque organizado com base em relações de poder que preparam a tomada de decisões e *jurídico*, pois a articulação destes diferentes aspectos do processo de convivência se dá pelo método jurídico, na posituação de prognósticos normativos e na técnica de aplicação, segundo as regras do processo.

Na medida em que a constituição brasileira é reativa, compromissória, analítica e dirigente faz uso reiterado de conceitos abertos, tendência essa que só se acentua com o novo paradigma de um “direito ético” que superou o positivismo. Esta realidade conduz, de um lado, a uma visão do ordenamento jurídico centrada nos princípios, reconhecidos como categoria normativa, e de outro, a uma metodologia centrada nas teorias da argumentação. Portanto, entre nós o risco de um decisionismo autoritário, que neutralize o processo de integração é muito alto.

Para que as políticas públicas não sejam meramente conjunturais, fruto da vontade unilateral do governante e as decisões não sejam reflexo das convicções íntimas e pessoais do julgador é preciso valorizar os procedimentos de deliberação coletiva, construindo parâmetros formais de legitimidade que assegurem uma produção e uma aplicação do direito democráticas.

Aliás, neste nosso cenário de pouco acesso aos direitos o judiciário cumpre um papel vital, de administrador de crises, solucionando conflitos, que poderiam comprometer a continuidade do sistema social, impedindo o processo de integração. Inclusive porque o sistema social é constituído de subsistemas sócio-cultural, político-administrativo e econômico, que como procurei

demonstrar, muitas vezes não são convergentes.

## 5. Conclusão

Não significa que tudo é possível e relativo, não. Há um limite de variação, no sentido de que é preciso reconhecer a existência de condições materiais e históricas limitadoras. Dentro deste limite pode ocorrer a variação dos valores-metas de um sistema sem que a sua continuidade seja ameaçada. Esses valores-metas dos sistema social integrado são o resultado dos valores culturais da tradição em que se está inserido, elementos da cultura que motivam a coexistência, os laços que justificam a

partilha de um mesmo destino, produzindo *affectio societatis publicae* ou vontade de constituição, mesmo entre estranhos e de imperativos de sobrevivência, sendo que estes últimos são requisitos empíricos não normativos. A Constituição fornece este painel.

Para a continuidade do país não é necessário manter a mesma *constituição* no sentido de substância, não é preciso buscar sempre consenso, basta a preservação de *laços*. A imagem é de wittgenstein – uma corda feita com fios de diferentes materiais, emendados. A identidade coletiva é uma construção de memória compartilhada mas não é nem supõe necessariamente de um acordo de significados, um pensamento único.

Uma Constituição cumprirá melhor o seu papel na sociedade e será tanto

mais estável quanto mais a sério for levada, mas também quanto maior for a sua capacidade da abrigar a diversidade social e, principalmente, quanto maior for a sua capacidade de realizar justiça. *E não há justiça se não for assegurado a todos participarem dos frutos que a comunidade gera.*

Volto ao princípio. O direito há que ser justo e não há justiça se não for assegurado a todos participarem dos frutos que a comunidade gera. *Não há justiça sem inclusão.*

*“Uma Constituição cumprirá melhor o seu papel na sociedade e será tanto mais estável quanto mais a sério for levada, mas também quanto maior for a sua capacidade da abrigar a diversidade social e, principalmente, quanto maior for a sua capacidade de realizar justiça. E não há justiça se não for assegurado a todos participarem dos frutos que a comunidade gera.”*

## ■ Notas ■

<sup>1</sup> Art. 203 A assistência social...tem por objetivos: IV. a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras deficiência e a promoção de sua integração à vida social.

<sup>2</sup> Sem, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo. Cia das Letras. 2000.

<sup>3</sup> A expressão é de Jürgen Habermas no *A inclusão do Outro, estudos de teoria política*. SP, edições Loyola, 2 ed. 2004, p. 170.

<sup>4</sup> Conforme Smend, Rudolf *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1988.

## ■ Democracia e Regime Democrático ■

Reis Friede (\*)

Desembargador Federal – TRF da 2ª Região  
Mestre e Doutor em Direito

Recentemente, alguns autores têm manifestado a idéia de que a democracia e o chamado regime democrático, - em sua tradução material (derivada, por seu turno, da necessária associação entre os Estados de legitimidade e de legalidade) -, constituem-se, na qualidade de conceitos elementares da Ciência Política, muito mais em uma resultante estrutural dialética, relativamente a um processo histórico-factual de uma Sociedade, de nítida feição político-ideológica, do que propriamente em um modelo concepcional de regime político que poderia, em tese, ser implantado, aleatoriamente, conforme desejo formal, de algum modo, manifestado por um povo ou, - o que é mais comum -, por uma classe ou grupo governante.

Assim, a liberdade individual, na qualidade de um dos pilares do regime democrático, por exemplo, estaria, neste diapasão analítico, muito mais associada ao grau de maturidade sócio-política (nível de conscientização popular) de uma coletividade organizada e, portanto, do patamar de civilização obtido por uma sociedade em seu desenvolvimento histórico-político, do que condicionado a simples vontade manifestada por qualquer meio formal, de índole político-jurídica (v.g. assembléia nacional constituinte), de implantação (artificial) de uma democracia.

Em outras palavras, segundo esta nova orientação doutrinária, simplesmente não seria viável a implantação (por simples vontade manifesta) do denominado (e almejado) regime democrático, com todas as suas inerentes conseqüências, em Estados cujos cidadãos ainda não atingiram as condições mínimas de convivência ética e moral, até porque, comprovadamente, não é possível ultrapassar, por simples manifestação unilateral de vontade, estágios naturais de desenvolvimento e, igualmente, suprimir pressupostos básicos de amadurecimento social que, necessariamente, envolvem não somente um processo educacional complexo e verdadeiramente revolucionários em sua acepção mais ampla.

(Neste sentido, TOM DWYER, conhecido sociólogo neozelandês radicado no Brasil (Globo, 4 de setembro de 2005, p. 39), salienta, com mérito propriedade, que a pobreza ou mesmo as desigualdades sociais não são, por si só, suficientes para explicar o fenômeno da violência e da desordem urbana em situações de momentânea ausência (ou impotência) do Estado, citando, exemplificativamente, por um lado, o comportamento exemplar dos cidadãos norte-americanos residentes em Nova York durante o apagão de 1965, ou dos países asiáticos atingidos pela tsunami de 2004, em contraposição crítica, por outro, à situação caótica no Iraque (supostamente democratizado) de 2005, ou o

permanente clima de pré-guerra civil existente no Rio de Janeiro, notadamente nos últimos dois anos, ou mesmo a degradação social observada nos três estados mais atrasados dos EUA (Mississippi, Louisiana e Alabama) durante a devastação do furacão Katrina em 2005, buscando, por fim, demonstrar onde efetivamente se encontra a parte civilizada da população mundial.)

Destarte, é forçoso concluir, - no estrito contexto desta linha de pensamento -, que todos os países que, hoje, podem ser inequivocamente reputados Estados democráticos de direito, - realizando todos os atributos e características inerentes às democracias materiais (substantivas), bem como usufruindo a plenitude do Estado constitucional, associativo dos paradigmas da legitimidade e da legalidade -, passaram, em algum momento histórico, por algum processo político estrutural de grande envergadura (revolucionário, em alguma medida) que permitiu, em última instância, a institucionalização da verdadeira democracia e do correspondente regime democrático material.

Sob este prisma analítico, a Inglaterra (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) e a França (em função, respectivamente, da revolução gloriosa (1666/1689) e da revolução francesa (1789/1799) que transformaram, em última análise, a concepção estrutural da soberania originariamente teocrática em democrática) seriam, hoje, democracias consolidadas, da mesma forma que os EUA (em decorrência da guerra civil americana (1861/1865)), a Alemanha e Itália (em função do nazismo (1933-1945) e do fascismo (1919/1943)), e a Espanha e Portugal (respectivamente, por conseqüência dos períodos Franquista (1939/1975) e de Salazar (1932/1974)).

(É oportuno registrar que a plenitude do regime democrático alemão atual, a exemplo de todos os demais casos citados, não foi imediatamente instaurado, após o fim do regime nazista em 1945 (muito embora tenha sido conseqüência direta do nível de conscientização popular auferido através do reconhecimento das barbáries praticadas, direta ou indiretamente, pelo povo alemão).

Ao contrário, a democracia foi lentamente conquistada e, especialmente, consolidada, nos anos posteriores ao pós-guerra, até atingir a situação de relativa plenitude nos anos 70.)

Nos chamados países periféricos e em todos os demais Estados que, por razões políticas e históricas, não experimentaram processo semelhante (limitando-se apenas a copiar, - por vontade própria ou por imposição estrangeira -, modelos democráticos estabelecidos), ao reverso, a democracia e o regime democrático têm se traduzido, destarte, em uma forma de organização política



fundada restritivamente não só em aparentes liberdades (situação em que a normatividade jurídica não possui plena efetividade), mas, especialmente, em verdadeiros “feudos” da era contemporânea, em que o populismo assistencial (e o correspondente “controle indireto das massas”) é a principal tônica governamental (caracterizando o que se convencionou designar por “democracias formais ou aparentes”).

(É o caso de praticamente todos os países da América Latina na atualidade, com ênfase no emblemático exemplo da Venezuela de HUGO CHAVEZ. Segundo longa e detalhada análise realizada por DIOGO SCHELP (Veja, 14 de dezembro de 2005, ps. 156 e segs.), antes da era CHAVEZ, o país era controlado por dois partidos da elite venezuelana que por décadas se restringiram a criar uma estrutura estatal perdulária, ineficiente e, sobretudo, corrupta. Em 1999, eleito através de regras reputadas democráticas, CHAVEZ assumiu a presidência da República, alterou a Constituição e, com o vertiginoso aumento dos preços internacionais do petróleo, transformou a PDVSA (e os lucros com a venda do petróleo) em uma máquina de comprar apoio político interno (retirando US\$ 3,7 bilhões / ano para programas sociais, por exemplo) e internacional (vendendo a preços subsidiados óleo para diversos países latino-americanos), além de estruturar uma milícia armada com aproximadamente 100.000 homens. Não obstante as estatísticas de 2005: a classe média encolheu 57%, o número de pobres aumentou 25%, o desemprego cresceu de 11% para 16%, metade das indústrias fechou, os empregos informais aumentaram 45%, a inflação subiu de 11% para 17% ao ano, o investimento estrangeiro caiu pela metade e a dívida pública dobrou; CHAVEZ, neste mesmo ano, contava ter o incontestado apoio de metade dos venezuelanos (a parcela mais pobre, cativada através de políticas assistencialistas), além de ter consolidado o seu poder por meio de plebiscitos em que obteve ampla maioria. Nas eleições legislativas de 2005, obteve vitória esmagadora (graças ao boicote das oposições) e, paradoxalmente, apesar de defender a democracia participativa em detrimento da democracia representativa, não preocupou-se em explicar a pífia participação de apenas 25% do eleitorado neste pleito. Descobriu-se, também, que CHAVEZ, através do emprego de máquinas de identificação digital, conseguiu catalogar a orientação político-eleitoral de 12 milhões de eleitores durante o referendo de 2004, criando uma listagem batizada de “Maisanta” com informações que privilegiam os aliados em detrimento dos adversários em todos os níveis (obtenção de empregos públicos, emissão de passaportes, acesso a auxílios sociais, etc.). Além de tudo isto, há um quase controle absoluto do Estado venezuelano

*“... todos os países que, hoje, podem ser inequivocamente reputados Estados democráticos de direito (...) passaram, em algum momento histórico, por algum processo político estrutural de grande envergadura (revolucionário, em alguma medida) que permitiu, em última instância, a institucionalização da verdadeira democracia e do correspondente regime democrático material.*”

pelo governo (formalmente) democrático de CHAVEZ: o Ministério Público é encarregado de processar os adversários sob acusação de “traição à pátria”; 80% dos magistrados têm contratos temporários (muitos de apenas três meses) que não são renovados caso julguem de forma contrária aos interesses governamentais; os nomes de mais de 20.000 trabalhadores da PDVSA (a estatal petrolífera venezuelana), demitidos depois de uma greve contra CHAVEZ, estão registrados em uma “lista negra”, proibidos de trabalhar em qualquer órgão público ou na iniciativa privada (sob pena de represálias fiscais do governo); empresários que se envolvam em atividades políticas de oposição são submetidos a uma devassa fiscal; entre outras incontáveis e semelhantes iniciativas.

O uso da pseudodemocracia para destruir a denominada democracia formal, resta assinalar, neste contexto, não é original, como bem salienta DIOGO SCHELP. ADOLF HITLER era líder de uma bancada parlamentar eleita com 33% dos votos quando foi democraticamente escolhido chanceler da Alemanha. Um ano depois, ele acumulou o posto de presidente, deixado vago pela morte do marechal HINDENBURG, obtendo para isso a comprovada e incontestada aprovação dos alemães em plebiscito. Nos anos seguintes, fechou sindicatos, suprimiu a liberdade de imprensa e gradativamente eliminou os demais partidos.

Tanto na Venezuela dos dias atuais, como na Alemanha do passado, tudo isto somente é ou foi possível em função das frágeis estruturas institucionais e do baixo grau de maturidade política inerentes à chamada democracia formal ou aparente lá existentes. Tanto é verdade, que o país mais estável da América Latina atual, ou seja, o Chile (onde é impensável uma aventura política

chavista), louva-se, curiosamente, de também ter experimentado a ditadura mais longa e rígida do continente (ou seja, o governo PINOCHET (ou sua interferência direta) de 1973 a 1997), criando, em alguma medida (ao menos comparativa), parte das pré-condições para o estabelecimento de uma democracia -, relativamente mais substantiva que suas congêneres latino-americanas.

Também, cumpre assinalar, em necessária adição conclusiva, que, paradoxalmente, alguns governantes democraticamente eleitos, no âmbito destes regimes meramente formalistas, foram, durante o transcurso político de suas respectivas existências, afastados por movimentos populares, durante a plena vigência de seus mandatos eletivos, sem qualquer respeito à normatividade constitucional e aos procedimentos legais expressamente previstos no âmbito de seus correspondentes constitucionalismos (v.g. os governos DE LA RUA / Argentina – 1999/2001 e GUTIÉRREZ / Equador – 2002/2005)

Oportuno acrescentar que, por razões ideológicas, também resta impossível (ou, ao menos, improvável) a instauração de

autênticos Estados democráticos de direito (democracias materiais plenas) em países cuja concepção estrutural de soberania não seja de efetiva orientação democrática (“todo poder mana do povo e em seu nome é exercido”) e sim teocrática (“todo poder emana de Deus e em seu nome é exercido”) como é o caso típico dos diversos Estados que abrigam Nações muçulmanas das mais variadas e diferentes orientações (xiitas, sunitas, etc.).

(Exatamente por isto a veemente crítica à ingênua (e fracassada) tentativa estadunidense de impor ao secular Iraque (curdo, xiita e sunita), em um tempo extremamente reduzido e sem qualquer fato revolucionário ou de natureza assemelhada, um regime democrático fundado em uma concepção estrutural de soberania completamente diversa (e ininteligível para a cultura milenar iraquiana) da enraizada ideologia teocrática inerente ao mundo muçulmano.

Aliás, lição, lamentavelmente, não aprendida mesmo após o desastrososo episódio concernente à anterior tentativa de democratização do Irã (Pérsia) em 1979, realizada através da igualmente desastrosa “política de direitos humanos”, empreendida pelo governo JIMMY CARTER (1976-1980), que acabou por permitir, de forma descontrolada, a derrubada do regime do Xá REZA PAHLEVI (1953/1979) e sua indesejável (porém, previsível à época) substituição pela teocracia totalitária islâmica dos Aiatolás Khomeini (1979/1989) e Khamenei (a partir de 1989).

Não é por outro motivo que, historicamente (especialmente no período pós-guerra), a política norte-americana para o Sul da Ásia e para o Oriente Médio tem se pautado não só pela implantação, mas, sobretudo, pela manutenção (através de sólido apoio político, econômico e militar) de regimes de força pró-ocidentais que permitam não só evitar os riscos inerentes à implantação descontrolada e generalizada do totalitarismo islâmico, mas igualmente manter um relativo controle sobre uma região extremamente importante sob o ponto de vista geopolítico.

Ainda assim, é fonte de permanente preocupação, por parte dos principais estrategistas da comunidade político-militar estadunidense, as constantes bravatas declaradas, particularmente pelo governo GEORGE W. BUSH, quanto à existência de projetos (ou, no mínimo, instruções) para a implantação de

regimes democráticos em países que gozam de relativa estabilidade política, como o Egito, a Arábia Saudita e o Paquistão (este último, inclusive, detentor de armas nucleares).

Finalmente, resta consignar, em necessária síntese conclusiva, que por motivos não propriamente ideológicos (uma vez que a concepção estrutural de soberania, na hipótese vertente, também é, a exemplo dos regimes ocidentais, de índole democrática somada ao fato também relevante de que os ideais comunistas já foram há muito sepultados), mas, ao reverso, de natureza essencialmente pragmático-conjuntural, a implantação (pelo menos a curto e médio prazos) de genuínos Estados democráticos de direito em países centrais, ex-protagonistas do período histórico conhecido por guerra fria, - como a Rússia (antiga URSS) e a China -, igualmente se apresenta pouco provável, sendo muito mais plausível, em virtual contraposição, que os mesmos venham a desenvolver inexoráveis formas peculiares de democracia formal, intenção esta, - vale frisar -, já incisivamente manifesta por VLADIMIR PUTIN quando expressamente pontuou, em discurso para a Comunidade Internacional, por ocasião do atentado terrorista em Beslam (2004), que a Rússia “não se curvará à pressão internacional para copiar modelos democráticos estrangeiros (não adaptáveis à realidade russa), até porque desenvolve solução democrática própria”.

(Nestes países, cumpre assinalar, - não obstante o longo período de totalitarismo radical experimentado -, o regime anterior não foi propriamente “derrubado” (de forma diversa do nazismo na Alemanha, do fascismo na Itália, do franquismo na Espanha, etc.), não permitindo forjar a mesma experiência estruturante e, conseqüentemente, conquistar os mesmos resultados viabilizados, em última análise, no que concerne à instauração do (supostamente almejado) regime democrático material.)

## ■ Nota ■

(\*) Desembargador Federal e Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito / UFRJ, é Mestre e Doutor em Direito e Autor, dentre outras, da obra “Curso de Ciência Política e de T.G.E.: Teoria Constitucional e Relações Internacionais”, Forense Universitária.

## Colabore com o Boletim dos Procuradores da República

Envie o seu artigo para publicação no Boletim, observando o seguinte:

- 1 tamanho máximo de 20.000 (vinte mil) caracteres, com espaços, contando com eventuais notas de fim de texto e referências bibliográficas
- 2 ausência de conteúdo ofensivo, sobretudo a membros do Ministério Público.

Os textos devem ser enviados aos endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.mpf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundacao@pedrojorge.org.br  
tel. (61) 321-5414 / 1495

*Os textos que excedam o tamanho máximo somente poderão ser publicados caso não haja textos dentro do padrão para completar a edição*

Artigos terão preferência sobre peças processuais

■ PARECER NO AG 2004.03.00.073980-0

FUNDEF - Aplicação do art. 6º da Lei nº 9.424/96 – Desnecessidade de Perícia ■

Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini  
Procuradora Regional da República – 3ª Região

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO Nº 2004.03.00.073980-0

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADA: UNIÃO FEDERAL

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA - TERCEIRA TURMA

“FUNDEF. APLICAÇÃO DO ART. 6º DA LEI Nº 9.424/96. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. PROVIMENTO DO AGRAVO”

Colenda Turma

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão reproduzida a fls. 76/77, proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, autuada sob o n.º 1999.61.00.050616-0, na 19ª Vara Cível Federal.

A r. decisão agravada converteu o julgamento em diligência para a realização de perícia técnica. Considerou necessária a demonstração da ocorrência de erro, pela União, **na fixação dos valores mínimos por aluno, a serem repassados ao FUNDEF** - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Nomeou perito e arbitrou honorários periciais, provisoriamente, no valor de R\$ 10.000,00 (fls. 76/77).

A Ação Civil Pública tem por objeto obrigar a UNIÃO FEDERAL a ressarcir o FUNDEF, no montante correspondente à **diferença entre o valor mínimo definido nacionalmente, conforme o critério do art. 6º, § 1º da Lei n.º 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e aquele fixado ilegalmente em montante inferior, desde o ano de 1998, e por todos os anos em que persistir a ilegalidade, acrescido de juros e correção monetária**. Ademais, requer-se, também, a condenação em danos morais coletivos (fls. 11/34).

O MPF entende ser desnecessária a realização de prova pericial para o deslinde da causa, além de ressaltar ser onerosa ao erário público. Assevera que a controvérsia diz respeito, apenas, **ao critério utilizado pela União Federal para calcular a complementação devida aos Estados e Municípios**, não a valores. Enfatiza que a divergência é exclusivamente jurídica, pois, **não se trata de refazer os valores utilizados para a feitura dos diferentes cálculos**. Aduz que autor e ré pretendem a aplicação de diferentes critérios, **aos mesmos números**, a saber: aqueles oficialmente fornecidos pelo Ministério da Educação. Diz que a concordância das partes, quanto ao dados fornecidos pelo Ministério da Educação, **é explícita**, tanto que autor e ré já pleitearam, cada qual a seu

tempo, **o julgamento antecipado da lide**, obviamente em razão da desnecessidade de prova pericial a ser produzida. Ressalta que a União está diminuindo o valor mínimo atual por aluno, em afronta ao **critério legal**, reduzindo, por conseguinte, o dispêndio com a complementação devida aos Estados cuja arrecadação não alcança o mínimo. Evidentemente, este fato viola a Constituição Federal, na medida em que o sistema de responsabilidades compartilhadas **está sendo substituído pela retirada da União do financiamento do ensino fundamental**. Por fim, aduz que a determinação de perícia - desnecessária - , acarretará prejuízo considerável e injustificado ao erário, haja vista que os honorários do perito judicial podem alcançar valores superiores a **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**, arbitrado provisoriamente.

O Exmo. Relator Des. Fed. Carlos Muta **deferiu o efeito suspensivo ativo**. Ressaltou que as partes asseveraram que a demanda **não exige dilação probatória**, uma vez que o deslinde da questão resolve-se pela aplicação das estatísticas do “censo educacional anual realizado pelo Ministério da Educação e do Desporto” (art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.424/96, publicado no Diário Oficial, como variáveis na fórmula prevista no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.424/96. Entendeu ser relevante a observação no sentido de que a União **concordou com o julgamento antecipado da lide**. Por fim, entendeu que “embora possa o Juízo nutrir a convicção da necessidade de dilação para efeito de produção de novas provas, se as partes convergem, como no caso, para o julgamento antecipado, tal solução pode ser deferida, sem prejuízo, porém, do livre convencimento do juiz quanto ao estado e à qualidade da prova para efeito de julgamento do mérito, e do eventual ônus que, por hipótese, o julgamento antecipado da lide possa gerar sobre o resultado da demanda” (fls. 101/102).

A União apresentou contraminuta. Defende a necessidade da realização da prova pericial técnica, haja vista que a Ação Civil Pública visa a condenar a ré a ressarcir o “FUNDEF no valor correspondente a toda a diferença entre o valor mínimo definido conforme o critério do art. 6º, parágrafo 1º e aquele fixado ilegalmente em montante inferior, desde o ano de 1998, e por todos os anos em que persistir a ilegalidade, acrescido de juros legais e correção monetária”. (fls. 106/109).

É o relatório. Opino.

O recurso merece provimento.

Com efeito, a *quaestio iuris* trazida a Juízo diz respeito, apenas, à definição do **critério legal**, a ser utilizado pela União Federal, para calcular a complementação dos recursos devida aos Estados em que o Fundo não alcança valores suficientes para satisfazer o valor mínimo por aluno (que representa a média nacional).

Referida complementação de recursos está disciplinada no artigo 6º da Lei 9.424/96, que prevê:

“Art. 6º - A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art.1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, **seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.**

§ 1º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4º, será fixado por ato do Presidente da República e **nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art.2, § 1º, incisos I e II.**

§ 2º As estatísticas necessárias ao cálculo do valor anual mínimo por aluno, inclusive as estimativas de matrículas, **terão como base o censo educacional realizado pelo Ministério da Educação e do Desporto, anualmente, e publicado no Diário Oficial da União”** (g.n.).

Inferre-se deste dispositivo legal que o cálculo do valor mínimo por aluno deve ser feito de forma nacional, considerando-se os dados relativos a todos os Estados da Federação, da seguinte forma:

Valor Mínimo = Previsão de **receita total do fundo** (conforme o § 1º)

---

**Total** de matrículas do ano anterior + estimativa de novas matrículas

Como se vê, a questão a ser decidida nos autos da Ação Civil Pública é **estritamente de direito, meramente interpretativa**, como bem ressaltou o ilustre Procurador da República Luiz Fernando Gaspar Costa (fls. 06):

“**Não há controvérsia juridicamente estabelecida com relação aos valores utilizados para a feitura dos diferentes cálculos (tanto que os dados utilizados pelo autor e pela ré são os mesmos, legalmente apurados pelo Ministério da Educação - cf. petição inicial). O que há é divergência jurídica com relação ao parâmetro de cálculo para efeito de complementação pela União: enquanto o MPF defende que o cálculo do valor mínimo por aluno deve ser feito de forma nacional, levando-se em conta os dados relativos a todos os Estados da Federação, a União Federal sustenta que o cálculo do valor mínimo deve ser feito Estado por Estado, separadamente, sendo que valor mínimo nacional poderia, no seu entender, ser inferior ao menor entre os vinte e sete quocientes dos Estados federativos”.** (g.n).

Destarte, trata-se apenas de definir qual o **critério legal** a ser utilizado no cálculo e **não** de refazê-lo. Observe-se que o MPF e a União Federal pretendem a aplicação de seus critérios de cálculo aos mesmos números, a saber: **aqueles oficialmente fornecidos pelo Ministério da Educação.**

Por conseguinte, conclui-se que não há ponto **controverso** na Ação Civil Pública, a justificar a realização de perícia.

É necessário frisar que a realização de perícia, de todo

desnecessária, acarretará prejuízo ao erário público, uma vez que os honorários do perito judicial nomeado no bojo da decisão recorrida foram provisoriamente arbitrados eram **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**, sendo certo que **podem alcançar valores muito superiores**, além de delongar sem justo motivo o julgamento do feito.

Tampouco se deve argumentar que a perícia se justifica pela possibilidade de condenação da União ao ressarcimento do FUNDEF, conforme o requerido na inicial, haja vista que na hipótese de procedência da ação, o MPF elaborará **simples cálculo aritmético** (que tomará por base os **dados** coletados pela própria União Federal, uma vez que não são objeto de controvérsia) por ocasião da execução da sentença, em conformidade com o que dispõe o **artigo 604 do Código de Processo Civil.**

De outra parte, os documentos de fls. 72/74 e 81/84 comprovam que o MPF tem reiterado o pedido de julgamento antecipado da lide, dada a relevância social da matéria *sub judice* e a necessidade de solução definitiva acerca dos valores devidos pela União a título de complementação ao FUNDEF. Certo que a Ação Civil Pública já foi encaminhada para sentença em duas ocasiões, a saber: em 09.10.2002 e, posteriormente, em 06.03.2003.

Ademais, **a própria União já concordou com o julgamento antecipado da lide**, consoante se verifica da manifestação de fls. 90, à qual anexou a Nota Técnica nº 01/2001, bem como as memórias de cálculo dos valores mínimos da complementação da União ao FUNDEF, constantes das propostas orçamentárias para os exercícios de 1999 a 2002.

Sobre a desnecessidade de realização de prova pericial, nos casos em que a matéria discutida versa sobre questão exclusivamente de direito, colaciona-se os seguintes julgados:

**“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - CRITÉRIOS - PROVA PERICIAL DESNECESSIDADE - PRECEDENTES --DESTE TRF/1ª REGIÃO.**

**1- A matéria em discussão (critério de reajuste de benefício previdenciário) é exclusivamente de direito, desnecessária a prova pericial.**

2- Precedentes.

3- Agravo provido

(TRF1, AG 01000082263, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Barbosa Moreira, j. 07/10/2003) (g.n).

**“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PERÍCIA CONTÁBIL. APURAÇÃO DO VALOR DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE DIREITO.**

I - Pretensão do agravante de ver comprovada, através de prova pericial, a ilegalidade da cobrança de multa e juros moratórios, **critérios** de correção monetária e honorários advocatícios. **Matéria eminentemente de direito, onde não se discutem propriamente valores. Desnecessária a realização de perícia contábil.**

II - Ao juiz monocrático importará saber se a cobrança da multa e dos juros moratórios está sendo abusiva, se há utilização de índices de correção monetária com efeito de confisco e se incabíveis os honorários advocatícios, não



efetivamente saber do valor cobrado.

III - Agravo de Instrumento a que se nega provimento.”

(TRF3, AG 162465, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 27/11/2002) (g.n).

**“JUROS. MAIOR TAXA DE MERCADO PRATICADA PELO CREDOR. CLÁUSULA POTESTATIVA. ART. 115 DO CÓDIGO CIVIL.**

É potestativa a cláusula de juros que deixa ao critério do credor a estipulação da taxa mensal, a ser por ele fixada de acordo com a mais alta que praticar no mercado financeiro. Art. 115 do C. Civil.

Deferimento da Taxa Selic, em substituição aos juros contratados, atendendo às peculiaridades do caso e ao disposto no contrato.

Embargos de devedor. Falta de título executivo Cerceamento de defesa. Perícia. Características de título executivo no instrumento pelo qual os beneficiários do contrato de fiança assumem a obrigação de reembolsar o fiador do que depender honrando a garantia. A necessidade de cálculo de parcelas acessórias não retira a executividade do título.

**Desnecessidade de realização de perícia para conhecimento dos critérios adotados para a apuração do saldo devedor.**

Primeiro recurso não conhecido. Segundo recurso conhecido em parte e nessa parte parcialmente provido.

(STJ, RESP 260172 / SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24/10/2000). (g.n).

Por último, cumpre ressaltar que o v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região proferido no AI nº 2003.05.00.032954-2, rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, invocado na r. decisão agravada como paradigma, **não se aplica ao caso vertente**. A questão versada naqueles autos diz respeito, essencialmente, à possibilidade jurídica de concessão de tutela de urgência, em sede de agravo de instrumento, tirado de decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para complementação compulsória dos valores oriundos do FUNDEF e revisão do valor mínimo anualmente destinado à manutenção de cada aluno matriculado no ensino fundamental, em face da ausência dos requisitos legais (art. 273 do CPC). Observe-se, ainda, que a simples menção à necessidade de dilação probatória não é suficiente para que se possa invocá-lo como paradigma, mormente se considerarmos que na ementa se faz menção a “valores discutidos”, o que não é o caso desta Ação Civil Pública (fls.91/93).

Assim sendo, deve ser reformada a r. decisão hostilizada, que determinou a conversão do julgamento em diligência, com o fim de se realizar a prova pericial, haja vista que nos autos da aludida Ação Civil Pública já constam subsídios necessários e suficientes à compreensão da matéria e ao julgamento da lide.

Ante o exposto, opino pelo **provimento** do agravo .

## ■ O Valor das Notificações e das Comunicações no Código Civil<sup>1</sup> ■

Alencar Frederico<sup>2</sup>

Advogado / Pós-graduado em Direito Processual Civil  
Pós-graduando em Direito Tributário

### Resumo

Este artigo discorre sobre a elevação das comunicações/ notificações à categoria de impedimentos processuais – novas situações criadas pelo novo Código Civil brasileiro.<sup>3</sup>

**Palavras-Chave:** AVISO – COMUNICAÇÃO – NOTIFICAÇÃO – IMPEDIMENTO PROCESSUAL.<sup>4</sup>

1. É cediço que o Código Civil de 2002 invadiu a seara do processo e em mais de um caso veio a prover (com maior ou menor ventura) as deficiências do ordenamento processual.

2. Na interpretação e aplicação do novo Código surgem dúvidas e controvérsias que reclamam esforços dos estudiosos do direito

para a solução dos problemas.

3. A doutrina processual separa os impedimentos dos pressupostos, formando uma categoria própria, de natureza vedativa, conduzindo a extinção do processo sem julgamento do mérito. Então, impedimentos são fatos presentes ou ausentes numa relação jurídica processual que vedam o seu normal desenvolvimento.

4. O Código Civil de 2002 elevou as notificações à categoria de impedimentos processuais. Assim, como já alertado pelo professor Sérgio Luiz Monteiro Salles (no *Privatissimum Examinatorium*, onde apresentou algumas novidades do Código Civil), “a falta da comunicação, sobre constituir infração à ordem contida na regra, se transmuda em impedimento processual, acarretando

a extinção do processo, sem julgamento de mérito”. Em outras palavras, a presença ou ausência da comunicação (notificação/ aviso/ ciência) do fato na relação jurídica, será capaz de extinguir o processo sem julgamento do mérito.

5. Desta forma aglutinamos alguns casos no Código Civil:

5.1. CC, art.599 – **Aviso:** Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato.

Parágrafo único. Dar-se-á o aviso

I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais;

II - com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena;

III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

5.2. CC, art.720 – **Aviso:** Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.

5.3. CC, art.752 – **Aviso:** Desembarcadas as mercadorias, o transportador não é obrigado a dar aviso ao destinatário, se assim não foi convencionado, dependendo também de ajuste a entrega a domicílio, e devem constar do conhecimento de embarque as cláusulas de aviso ou de entrega a domicílio.

5.4. CC, art.785 – **Aviso:** Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado.

§ 1º Se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário.

§ 2º A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário.

5.5. CC, art.1.313 – **Aviso:** O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório;

II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva.

§ 2º Na hipótese do inciso II, uma vez entregues as coisas buscadas pelo vizinho, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel.

§ 3º Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento.

5.6. CC, art. 1.341 – **Ciência:** A realização de obras no condomínio depende:

I - se voluptuárias, de voto de dois terços dos condôminos;

II - se úteis, de voto da maioria dos condôminos.

§ 1º As obras ou reparações necessárias podem ser realizadas, independentemente de autorização, pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer condômino.

§ 2º Se as obras ou reparos necessários forem urgentes e importarem em despesas excessivas, determinada sua realização, o síndico ou o condômino que tomou a iniciativa delas dará ciência à assembléia, que deverá ser convocada imediatamente.

§ 3º Não sendo urgentes, as obras ou reparos necessários, que importarem em despesas excessivas, somente poderão ser efetuadas após autorização da assembléia, especialmente convocada pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer dos condôminos.

§ 4º O condômino que realizar obras ou reparos necessários será reembolsado das despesas que efetuar, não tendo direito à restituição das que fizer com obras ou reparos de outra natureza, embora de interesse comum.

5.7. CC, art.428 – **Comunicação:** Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.

5.8. CC, art.740 – **Comunicação:** O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.

5.9. CC, art. 769 – **Comunicação:** O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§ 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

5.10. CC, art. 787 – **Comunicação:** No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 1º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

§ 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

§ 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador.

§ 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

5.11. CC, art.1.037 – **Comunicação:** Ocorrendo a hipótese prevista no inciso V do art.1.033, o Ministério Público, tão logo lhe comunique a autoridade competente, promoverá a liquidação judicial da sociedade, se os administradores não o tiverem feito nos trinta dias seguintes à perda da autorização, ou se o sócio não houver exercido a faculdade assegurada no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a liquidação judicial da sociedade nos quinze dias subseqüentes ao recebimento da comunicação, a autoridade competente para conceder a autorização nomeará interventor com poderes para requerer a medida e administrar a sociedade até que seja nomeado o liquidante.

5.12. CC, art.1.063 – **Comunicação:** O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição, em qualquer tempo, do titular, ou pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, não houver recondução.

§ 1º Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa.

§ 2º A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada no registro competente, mediante requerimento apresentado nos dez dias seguintes ao da ocorrência.

§ 3º A renúncia de administrador torna-se eficaz, em relação à sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante; e, em relação a terceiros, após a averbação e publicação.

5.13. CC, art.1.465 – **Comunicação:** A alienação, ou a mudança, do veículo empenhado sem prévia comunicação ao credor importa no vencimento antecipado do crédito pignoratício.

5.14. CC, art.397 – **Interpelação extrajudicial:** O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

5.15. CC, art. 290 – **Notificação:** A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

5.16. CC, art.292 – **Notificação:** Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

5.17. CC, art.298 – **Notificação:** O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.

5.18. CC, art. 303 – **Notificação:** O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.

5.19. CC, art. 377 – **Notificação:** O devedor que, notificado, nada opõe à cessão que o credor faz a terceiros dos seus direitos, não pode opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão lhe não tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha contra o cedente.

5.20. CC, art. 473 – **Notificação:** A resilição unilateral, nos casos

em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

5.21. CC, art. 516 – **Notificação:** Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subseqüentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.

5.22. CC, art.573 – **Notificação:** A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

5.23. CC, art. 575 – **Notificação:** Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

5.24. CC, art.769 – **Notificação:** o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§ 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

5.25. CC, art.835 – **Notificação:** o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.

5.26. CC, art.1.004 – **Notificação:** os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora que remete ao art. 1.031.

5.27. CC, art.1.029 – **Notificação:** além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Parágrafo único. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

5.28. CC, art.1.145 – **Notificação:** se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

5.29. CC, art. 1.153 – **Notificação:** Cumpre à autoridade competente, antes de efetivar o registro, verificar a autenticidade e a

legitimidade do signatário do requerimento, bem como fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato ou aos documentos apresentados.

Parágrafo único. Das irregularidades encontradas deve ser notificado o requerente, que, se for o caso, poderá saná-las, obedecendo às formalidades da lei.

5.30. CC, art. 1.453 – **Notificação:** O penhor de crédito não tem eficácia senão quando notificado ao devedor; por notificado tem-se o devedor que, em instrumento público ou particular, declarar-se ciente da existência do penhor.

5.31. CC, art. 1.456 – **Notificação:** Se o mesmo crédito for objeto de vários penhores, só ao credor pignoratício, cujo direito prefira aos demais, o devedor deve pagar; responde por perdas e danos aos demais credores o credor preferente que, notificado por qualquer um deles, não promover oportunamente a cobrança.

5.32. CC, art. 1.501 – **Notificação:** Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução.

6. Desta forma, colocamos à luz as diversas hipóteses que o novo Código Civil criou – são novas situações que obrigam o titular de um direito a comunicar o fato ocorrido (ou praticado) a outrem, acarretando fato impeditivo e até regulador do direito se houver descumprimento desse comando normativo.

## ■ Notas ■

<sup>1</sup> Il Valore della Notificazione e della Comunicazione nel Codice Civile.

<sup>2</sup> Alencar Frederico – é Advogado, Pós-graduado em Direito Processual Civil, Pós-graduando em Direito Tributário, membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, autor da obra “A morosidade da prestação jurisdicional”, e co-autor da obra “Processo civil – teoria e prática do profissional do Direito”.

<sup>3</sup> **Riassunto**

Questo articolo tratta del passaggio della comunicazione/ notificazione alla categoria di impedimenti processuali – nuove situazioni create dal nuovo Codice

Civile brasiliano.

<sup>4</sup> **Parole chiave:** AVVISO – COMUNICAZIONE – NOTIFICAZIONE – IMPEDIMENTO PROCESSUALE.

## ■ Referências bibliográficas ■

Para a elaboração destas linhas, valemo-nos destas obras, sem citá-las.

BÜLLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción española. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1956.

LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Traduzione italiana di Edoardo F. Ricci. Parte prima. Napoli: Morano Editore, 1962.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1974.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de Ángela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. *Breviário teórico e prático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_; FREDERICO, Alencar. *Processo Civil – teoria e prática do profissional do Direito*. Campinas: Millennium, 2006.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la quinta edición alemana. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1950.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.